ISSN: 2588-0837

RFJ

REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

No.1

Junio 2017

DOI: 10.26807/rfj.v1i1

Portada: Portón de la antigua Universidad Católica del Ecuador,
acuarela de Oswaldo Muñoz Mariño.
Cortesía del alumno fundador Dr. Alfredo Fuentes Roldán.





Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 1
Enero-Junio 2017

ISSN: 2588-0837

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
www.puce.edu.ec

AUTORIDADES

Rector: Doctor Fernando Ponce León, SJ.
Vicerrector: Doctor Fernando Barredo Heinert, SJ.

Facultad de Jurisprudencia

Decano de la Facultad de Jurisprudencia:
Dr. Íñigo Salvador Crespo

Subdecano de la Facultad de Jurisprudencia:
Dr. Efrén Guerrero Salgado

QUITO, ECUADOR

2018

Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Quito, Ecuador
www.edipuce.edu.ec

Gestión administrativa de la revista

Esta revista se adscribe dentro de las actividades jurídico-investigativas realizadas por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

ISSN: 2588-0837
URL: www.revistarfjpuce.edu.ec



Quito, Ecuador, 2018
EDITADO EN ECUADOR - EDITED IN ECUADOR



Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 1
Enero-Junio 2017

ISSN: 2588-0837

SUMARIO DE LA REVISTA

EDITORIAL...27

AGRADECIMIENTO Y PRESENTACIÓN..........................31

ARTÍCULOS...35

La Teoría, la Lógica y la Interdisciplinariedad en la Argumentación Jurídica

Theory, Logic and Interdisciplinarity in Legal Argumentation

José David Paredes Sandoval
Investigador Jurídico, Vega & Asociados 37

Razonamiento Jurídico: Lógica, Interpretación y Argumentación

Legal Reasoning: Logic, Interpretation and Argumentation

Mabell Abigail Lagla Pillajo
Investigadora Jurídica, Cevallos & Noboa.. 59

Racionalidad de las Decisiones Judiciales y Formulación de Argumentos en Litigio

Rationality of Judicial Decisions and Formulation of Arguments for Litigation

Renato Mármol Álvarez
Investigador Jurídico, Vaca & Asociados 81

El Paradigma Patriarcal y el COIP: Una Búsqueda de Deconstrucción

The Patriarchal Paradigm and the COIP: A Search for Deconstruction

Dr. Édison Fabricio Guarango Mariño
Investigador Jurídico, Dirección Jurídica CES 95

Una Política Extractiva Petrolera en un Estado de Derechos y Justicia: Una Visión Crítica de la Política Pública en el Ecuador

Oil Extraction Policy under the Rule of Law and Justice: A Critical View of Public Policies in Ecuador

Dr. Felipe Castro León
Investigador Jurídico, Dirección Jurídica CES 111

Dimensiones de los Derechos Humanos en el Cambio Climático: Sinergias y Salvedades

Human Rights Dimensions in Climate Chamge: Synergies and Caveats

Dr. Juan Auz Vaca
Investigador Jurídico, Fundación Pacha Mama.. 137

Un Mundo Multicultural - Un Hecho Inevitable. La Búsqueda de Unidad en Diversidad

A Multicultural World - An Inevitable Fact. The Search for Unity in Diversity

Mgtr. Schoele Ahouraiyan Ahouraiyan
Docente Titular PUCE 163

El Concepto de Interculturalismo en un Mundo Complejo

The Concept of Interculturalism in a Complex World

Dr. Pablo Fernando Sarzosa Játiva
Investigador Jurídico, Cardinal Abogados y Docente de la UCE................... 175

El Proceso Lógico - Jurídico de la Convicción del Juez Tributario

The Logical - Legal Process of the Convictions of Tax Judges

Mgtr. Gonzalo Lascano Báez
Profesor Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia) 187

Constitución de los Estados Unidos: Mutación de su Normativa

Constitution of the United States: Mutation of the Constitutional Text

Mgtr. Francisco López Rueda
Profesor Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia) 203

Recuperación de Bienes Arqueológicos desde la Perspectiva del Sistema Jurídico Venezolano: El Caso de la Piedra Sagrada Kueka Abuela

Recovery of Archaeological Property from the Perspective of the Venezuelan Legal System: The Case of the Kueka Abuela Sacred Stone

Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas, PhD
Profesora Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia) 219

La Carta Magna Inglesa: Una Provocación para Pensar las Relaciones entre Constitución y Constitucionalismo

Carta Magna: A Provocation to Consider the Relatinship between Constitution and Constitutionalism

Dr. Agustín Grijalva Jiménez, PhD
Profesor Titular Universidad Andina Simon Bolivar 229

Reformas del Estado Democrático: Subsidiariedad y Visión del Gobierno Limitado

Reforming the Democratice State: Subsidiarity and a Vision of Limited Gobernment

Prof. Dr. Augusto Zimmermann Zimmermann, PhD
Professor of Law – Murdoch University.. 241

RECENSIÓN...255

El Derecho al “Juez Ordinario o Competente” en su Historia y Aplicación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

The Right to the “Ordinary or Competent” Judge or in its History and Aplication in European System of Human Rights

Dr. Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado, PhD.
Profesor investigador Universidad de los Hemisferios y la UTA 257

DESCRIPCIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LOS ARTÍCULOS 273

EDITORIAL

La Revista Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (RFJ) es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias.

En su segunda época, constituye un homenaje a la Revista inicial, publicada en 1999 y es resultado del invalorable apoyo recibido por parte del Dr. Efrén Guerrero Salgado, actual Decano de la Facultad de Jurisprudencia, quien durante todo el proceso, actuó decididamente para facilitar las condiciones que permitieron el resurgimiento de la revista. A él debemos la portada y la aprobación final por parte de las unidades competentes que hicieron posible esta edición. Se edita en castellano, inglés, francés, italiano y portugués. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Por lo tanto, está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de científico-jurídicos, revisiones, análisis de actualidad, investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, notas de revisión, informes, miscelánea y traducciones originales.

La propuesta se encuentra en el marco de la misión de la PUCE, y busca contribuir de un modo riguroso y crítico, a la tutela y desarrollo del Estado de Derecho, la dignidad humana y de la herencia cultural, mediante la investigación, la docencia y los diversos servicios ofrecidos a las comunidades locales, nacionales e internacionales.

El Consejo Editorial y de evaluadores externos está integrado por destacados académicos de las ciencias sociales de diferentes Universidades de Latinoamérica, Europa, Estados Unidos y Oceanía. Estos de forma conjunta al Equipo de Gestión Editorial conforman el Comité Editorial de la RFJ.

La Revista está abierta a la recepción de artículos durante todo el año, dentro de las fechas límites de cada uno de los números. Los docu-

mentos recibidos y seleccionados para publicación cumplirán con el sistema de revisión anónima por el sistema de «doble ciego» y las pautas reglamentarias establecidas.

Finalmente, se invita a todos los docentes e investigadores a que participen y compartan con nosotros futuras contribuciones.

Dirección Revista RFJ

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

AGRADECIMIENTO Y PRESENTACIÓN

La Pontificia Universidad Católica del Ecuador como alma mater del conocimiento de las diversas disciplinas del saber, consciente que el núcleo fundamental de nuestra vivencia académica es la investigación y, por lo tanto, la promoción de espacios de participación para la producción científica, agradece:

Al equipo de investigación y publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia. Al equipo de asistencia editorial conformado por Renata Melissa Yunda López, René Gálvez Degado, Mariana Lozada Mondragón, Amparo Álvarez Meythaler y Edwin Javier Lamiña Singo.

A los revisores que actúan como pares ciegos verificadores de contenido y los lineamientos generales investigativos de la revista y la formulación y acoplamiento técnico de su estructura. A los autores que con su activa colaboración permiten el desarrollo de una investigación integral en el ámbito de la ciencia jurídica.

A la Dirección de Investigación y al Centro de Publicaciones por su invalorable apoyo durante el proceso de establecimiento y consolidación de la RFJ.

La RFJ representa un aporte original, fruto del trabajo coordinado de los miembros de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y prestigiosos académicos internacionales.

El proyecto editorial surge a partir de la iniciativa de la Facultad de Jurisprudencia que con gran dedicación generó el espacio propicio de interacción y colaboración científica, que facilitó el arduo proceso de elaboración documental que esta publicación conllevará. Así mismo, la exhaustiva revisión y aprobación por parte de pares externos no se puede dejar sin mención.

Por lo tanto, se puede concluir que la RFJ introduce un elevado grado de originalidad y trascendencia para la literatura jurídica nacional e internacional y favorece a la sociedad ecuatoriana en su conjunto. En ese sentido, debo reiterar que, a través de esta revista, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y su Facultad de Jurisprudencia

contribuye de modo incólume, con el progreso en la enseñanza del Derecho como disciplina científico-humanista.

Dr. Efrén Guerrero Salgado
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

ARTÍCULOS

La teoría, la lógica y la interdisciplinariedad en la argumentación jurídica

Theory, logic and interdisciplinarity in legal argumentation

José David Paredes Sandoval
Investigador Jurídico, Estudio Vega & Asociados

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 37-58, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la teoría de la argumentación jurídica ha sido desarrollada ampliamente por la doctrina, en razón de lo cual, este artículo plantea un estudio recopilatorio de sus principales perspectivas dogmáticas, con la finalidad de contrastarlas y verificar su utilidad práctica al momento de construir argumentos jurídicos.

PALABRAS CLAVE: teoría jurídica, argumentación jurídica, argumentos, lógica formal, doctrina.

ABSTRACT: the theory of legal argumentation has been widely developed by the legal doctrine which is why this article aims to summarise the main studies developed from a dogmatic perspective on juridical argumentation. Consequently, this study seeks to compare them and verifying their practical utility at the moment of building legal arguments.

KEY WORDS: legal theory, legal argumentation, arguments, formal logic, doctrine.

INTRODUCCIÓN

La argumentación jurídica representa un ámbito de conocimiento que cuenta con una amplísima literatura. Sin embargo, todavía resulta pertinente revisar aportes elaborados desde la teoría del derecho al momento de argumentar. En este sentido, en este artículo se discutirá si la teoría y los esquemas lógicos inciden en la construcción de los argumentos jurídicos. Además, debido a que, en aspectos de fondo, los argumentos incorporan elementos técnicos para buscar una solución

a un conflicto, se intentará identificar si la interdisciplinariedad de las ciencias, aporta con elementos científicos e información relevante al momento de recurrir a la argumentación jurídica.[1] Por tal motivo, se plantea identificar qué papel juegan los esquemas de la lógica en la comprensión de los hechos y del conocimiento jurídico. Es decir, si el método lógico permite sistematizar los hechos y el conocimiento para brindar un esquema que permita construir argumentos consistentes.

Así mismo, se discutirá si la lógica formal y la no formal sirven para evaluar argumentos jurídicos. En este sentido, se propone mecanismos para evaluar la estructura del argumento y parámetros para valorar el contenido o fondo del argumento. La propuesta pone mayor énfasis en aspectos de fondo, debido a que el argumento tiene razonamientos que justifican los enunciados.

Finalmente, se evalúa si los argumentos jurídicos incorporan información y conocimiento de otras ciencias, es decir, si el discurso del operador jurídico también incluye elementos de orden científico de otras disciplinas. En ese sentido, la discusión introducida persigue identificar si la interdisciplinariedad aporta con elementos técnicos para robustecer el contenido de los argumentos jurídicos que esgrime el abogado.

1. CONSIDERACIONES TEÓRICAS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La argumentación jurídica es el conjunto de razonamientos que el operador jurídico expresa a través del discurso. El discurso puede tener un margen de aplicación pragmática, debido a que esquematiza la comprensión que el jurista tiene sobre cierto objeto de conocimiento, cómo el abogado interpreta el objeto y cómo formula sistemáticamente los argumentos. Para ilustrar mejor, la argumentación tiene un cariz pragmático en el sentido que esboza argumentos sistematizados sobre la comprensión de un tema u objeto de conocimiento y la interpretación de las ideas que se desprenden de ese objeto. En síntesis, identificar los elementos de comprensión, interpretación y sistematización de los enunciados permite crear argumentos jurídicos, los cuales son de gran importancia para el operador del derecho, ya que tienen una aplicación práctica al momento de exponer razones para resolver un problema.

1 Esta sigue esquemas lógicos, los cuales son el fundamento de la congruencia y pertinencia entre las premisas y conclusiones.

A. Aplicación de la comprensión en la argumentación jurídica

Para argumentar, es necesario tener conocimiento sobre un tema (objeto) que se va a tratar. El abogado, a lo largo de su ejercicio profesional, adquiere sapiencia sobre el derecho. El cúmulo de conocimientos es el primer punto para construir la argumentación jurídica. Por tal razón, el jurista interpreta lo que conoce, es decir, interpreta el objeto que conoce para darle un significado que pueda transformarse en enunciados prácticos para resolver conflictos. Comprender el objeto es lo que permite sistematizar la información que tiene, debido a que, por medio de la utilización de un método lógico, el operador jurídico organiza las ideas y el conocimiento que posee. Consecuentemente, el operador jurídico al sistematizar lo que conoce puede aplicar el conocimiento en la construcción jurídica para resolver conflictos, en el caso del juez, o para disuadir al juzgador para lograr un resultado que favorezca los intereses que el operador jurídico persigue, por ejemplo, en el caso que éste sea un abogado defensor.

Además, la argumentación constituye una herramienta lógica que intenta explicar o exponer un objeto. Para construir un argumento es necesario identificar tres niveles de análisis en el acto de comprensión: a) la interpretación; b) la comprensión; y c) la aplicación. Los tres niveles aportan a la aprehensión del objeto sobre el cual se desarrolla el argumento. En este sentido, se concibe al argumento como la consecución de enunciados que tienen su sustento en la experiencia.

Entonces, se aprecia que en la construcción de argumentos interviene un sujeto y un objeto (Quinche Ramírez y Quinche Ramírez, 2005, 129-130). Se afirma que en la argumentación interviene un sujeto que interpreta a través de la experiencia un objeto, el cual es expresado por medio de los enunciados.

En primer lugar, la interpretación acerca del objeto la realiza el sujeto, el cual, a través de su experiencia, lo aprehende y le da un significado. Pero aquí puede plantearse una problemática en este punto: podría suscitarse diversas interpretaciones[2]. Para admitir una propuesta interpretativa por parte del sujeto, ésta debe sujetarse a un marco en el cual exista armonía entre el objeto y las pruebas que demuestren la existencia del mismo (Ramírez Ludeña, L., 2015, 15 - 17). Es decir,

2 Ramírez Ludeña, L. (2015). Verdad y corrección en la interpretación jurídica, *Revista de Derecho Valdivia*, 1. 17.

para que un marco interpretativo tenga consistencia es necesario que el sujeto sustente lo que observa y aprehende del objeto con pruebas: cada enunciado debe tener, necesariamente, evidencias que permitan sustentar lo que se expresa.

En segundo lugar, la comprensión de un objeto emplea necesariamente un método (Quinche Ramírez y Quinche Ramírez, 2005). Para comprender el objeto, el sujeto lo encasilla en una forma de razonamiento, lo que favorece la explicación de lo aprehendido. Se afirma que para la construcción de argumentos es más útil utilizar el método lógico-deductivo[3]. La experiencia es la fuente primaria de conocimiento, la cual consiste en cómo la persona interpreta el objeto aprehendido[4]. Entonces, el razonamiento deductivo unifica las ideas que el sujeto tiene para elaborar un sistema que faculta la extracción de conclusiones. En la lógica deductiva se aplica el siguiente esquema lógico: premisa mayor, premisa menor y conclusión (Dávila Newman, G., 2006, 182-184). Por lo tanto, se colige que para comprender el objeto, sobre el que versa la argumentación, es necesario tener un método que sistematice las ideas.

Y en tercer lugar, la aplicación consiste en cómo aplicar los enunciados en la argumentación jurídica. En este sentido, el papel que juega el operador jurídico es indispensable, debido a que es el abogado quien esgrime argumentos para disuadir al juez y lograr una resolución positiva que satisfaga los intereses que persigue. Para la aplicación de la teoría a los enunciados, es necesario que el abogado comprenda y sistematice correctamente sus ideas por medio de los esquemas lógicos de la lógica-deductiva (premisas-conclusión). Es decir, la aplicabilidad y utilidad del argumento para resolver un conflicto es su consistencia(Quinche Ramírez y Quinche Ramírez, 2005, 131). Se afirma que la aplicación del objeto comprendido es una sistematización que sustenta un punto para disuadir al juez, lo que podría lograr una resolución favorable a los intereses que defiende el abogado.

---

3 El método lógico-deductivo permite construir argumentos jurídicos que permiten llegar a conclusiones con necesidad, es decir, las premisas corroboran el objeto observado, lo que permite llegar a la conclusión. Este punto se trata con más detalle en el subtítulo 2.3.

4 Dávila Newman, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales, *Laurus*. 182 -184.

De lo expuesto se identifica que la comprensión de un objeto, puede ser un caso o problema jurídico, otorga consistencia al argumento esgrimido por el operador jurídico. Cabe recalcar que el proceso de construcción argumentativa empieza con la interpretación del objeto que realiza el sujeto (abogado), es indispensable que lo aprehendido asuma un significado que se base en un marco normativo, teórico o jurisprudencial. Por otro lado, se identifica que la interpretación tiene un cariz de la experiencia y la capacidad de relacionar lo que el abogado conoce, ya sea jurisprudencia, normas jurídicas o doctrina. La sistematización de ideas se realiza por medio del método deductivo, lo cual construye un esquema lógico para que el conocimiento del objeto tenga un orden. Y por último, la sistematización aplica la comprensión del abogado para crear argumentos que resuelvan problemas o controversias jurídicas.

B. La interpretación en la argumentación jurídica

Para comenzar, la interpretación dota de significación al lenguaje de las disposiciones normativas. A saber, la interpretación está sujeta a una serie de reglas, fijadas por el mismo derecho, que delimitan los conceptos jurídicos que prescriben las leyes[5]. En este orden, la interpretación es una actividad que significa los enunciados de la norma jurídica para entender las disposiciones que regirán a cada caso[6]. La interpretación que el operador jurídico realice, necesariamente, responde a un ejercicio argumentativo, ya que determina las razones que sirven de sustento para justificar el porqué de aplicar una ley de una forma u otra.

La necesidad de argumentar, en la ciencia jurídica, nace a partir de la cantidad de información que existe, puede ser, por ejemplo, la variedad de leyes, la vasta jurisprudencia o el desarrollo dogmático. Por tal razón es importante el papel del operador jurídico para separar la información que es útil para la construcción argumentativa.

En la doctrina se identifica que existen disposiciones normativas que tienen un lenguaje claro y preciso[7], por lo que no es necesario

5 Patiño Arango, A. (2011). Importancia de los problemas filosóficos en la filosofía del derecho de Hart, *Praxis Filosófica*, No 32. 178.

6 Arena, F. J. (2011). Intención, contratos e interpretación de textos jurídicos indeterminados, *Isonomía*, No 35. 56.

7 Moreno Cruz, R. (2012). Argumentación jurídica, por qué y para qué. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 133. 168.

argumentar sobre el tenor literal de la ley. Pero, a la tesis aludida se contrapone que en muchos casos las disposiciones normativas no son fáciles de aplicar o lo que prescribe tiende a ser difuso, por lo cual es necesario interpretar para comprender bajo qué contexto puede aplicarse una norma jurídica. Básicamente, se sustenta que las disposiciones de la ley son de fácil aplicación en todos los casos; a esta tesis se confronta la idea de las texturas abiertas que consiste en la existencia de variedad de los conceptos jurídicos, los cuales son difíciles de interpretar bajo los mismos parámetros.

En lo que respecta a las disposiciones normativas, se alega que ellas solamente tienen un sentido unívoco que no pueden ser susceptibles de interpretaciones (Moreno Cruz, 2012). El tenor literal del lenguaje en la ley expresa sentidos naturales y obvios sobre las palabras que se usan en las disposiciones normativas, en otras palabras, el significado existente de la ley es uno para todos los casos previstos en la ley. Si se expone así no existiría ambigüedades normativas, empero cuando se define las palabras puede ocurrir un problema: no es posible explicar unívocamente el término, lo cual genera duda acerca de la palabra y se produce confusiones en los significados propuestos[8].

La imprecisión de los términos utilizados en las disposiciones normativas otorga discrecionalidad a los operadores jurídicos para interpretar las palabras y argumentar sobre su contexto y posibilidad de aplicación. Cuando existe indeterminación, el operador jurídico escoge una determinada interpretación y proporciona argumentos para disminuir, en lo posible, la vaguedad de los términos[9]. En contraste, el ideal de certeza de que las disposiciones de la ley son siempre iguales, da lugar a que se conciba un exceso de conceptualismo, puesto que siempre se buscaría aplicar el mismo marco conceptual para todos los casos[10]. Por esta razón, la interpretación idéntica de las disposiciones de la ley deviene en un esquema conceptual válido para todos los casos, lo que puede anular la posibilidad de proporcionar argumentos que disminuyan la oscuridad de los términos; esto quiere decir que no

8 Patiño Arango, A. (2011). Importancia de los problemas filosóficos en la filosofía del derecho de Hart, *Praxis Filosófica*, No 32. 177.

9 Arena, F. J. (2011). Intención, contratos e interpretación de textos jurídicos indeterminados, *Isonomía*, No 35. 54.

10 Real Alcalá, A. (2011). Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* No. 13. 678.

siempre la interpretación se ajustará al contexto y menos será definitoria, lo cual faculta al operador jurídico tener un margen de acción que le permita interpretar las disposiciones de la ley y aplicarlas de la manera más conveniente para cada caso en concreto.

La concepción de que las disposiciones de la norma jurídica siempre serán certeras, por lo cual no permiten al operador jurídico realizar una interpretación y una elección, plantea una perspectiva mecánica que se basa en que la ley prevé con anterioridad y resuelve cualquier caso sin problema. De modo similar, contemplar la certeza como un ideal absoluto deviene en la concepción de que todo caso puede ser previsible, lo que prejuzgaría los casos futuros y se aplicaría erróneamente las disposiciones de la ley sin atender al contexto. En síntesis, la certeza de la aplicación de la ley, sin interpretar el contexto, tiene un problema: prejuzga que las disposiciones normativas siempre podrán ofrecer soluciones predecibles para todo caso.

En contraste, la incertidumbre que tiene el operador jurídico sobre qué norma aplicar da lugar a que realice un ejercicio interpretativo. La legislación tiene problema justamente en el uso del lenguaje, lo que suscita ambigüedad. Para reducir el margen de oscuridad, el operador jurídico, por medio de la experiencia, interpreta la ley e identifica dos casos: las reglas precisas y las reglas imprecisas; por tanto, la precisión o no de las normas jurídicas radica en el lenguaje que utiliza el legislador, el cual, al ser natural, tiende a ser ambiguo. Las reglas precisas son aquellas que predicen el caso y no cabe interpretación, en cambio las reglas imprecisas tienen la probabilidad de tener una predicción que secunde el caso, lo cual da paso a que el operador jurídico utilice la interpretación para difuminar la vaguedad del lenguaje utilizado por la legislación (Real Alcalá, 2011, 679-682).

Finalmente, la interpretación juega un papel fundamental en la argumentación debido a que faculta al intérprete (operador jurídico) sustentar por qué aplica una norma de una forma. El ejercicio interpretativo significa las disposiciones de las leyes y establece un contexto que responde a la necesidad de ofrecer una solución adecuada para cada caso. Así, contemplar que la norma jurídica prescribe predicciones para todos los casos es erróneo, puesto que el operador jurídico tiene discrecionalidad para seleccionar y argumentar bajo qué parámetros puede escoger la aplicabilidad o no de una norma.

C. Esquematización de las ideas para construir argumentos

Inicialmente, la esquematización de los razonamientos responde a sistemas lógicos que favorecen la construcción de argumentos. Existe variedad de métodos que se utilizan para sistematizar la información y el conocimiento, por lo que el operador jurídico debe ser capaz de seleccionar adecuadamente la metodología que más convenga a sus intereses. Seguir un método lógico garantiza consistencia en los argumentos que esgrime el operador jurídico; y a la vez, la metodología que utilice el jurista también puede ser una herramienta que ayude a refutar los argumentos que la contraparte realice.

El razonamiento jurídico es clave para construir argumentos. En cualquier caso, la elaboración de un esquema lógico permite al operador jurídico sistematizar el conocimiento y la información que tiene acerca del caso. Cuando surge una controversia, y existe un problema, el abogado debe identificar cuál es el quid del asunto y armar un razonamiento que permita solucionar la disputa que se le presente. A causa de esto, existe utilidad práctica en generar un esquema lógico para construir la argumentación.

En vista de que existen varios métodos para esquematizar las ideas[11], es importante la selección de una metodología que tenga valor pragmático al momento de argumentar. En este punto, se sustenta que el método lógico-deductivo es un esquema lógico que posibilita articular las premisas para llegar a una conclusión con necesidad; en otras palabras, la metodología deductiva parte de condiciones generales para llegar a una conclusión que necesariamente agrupe la aplicación de lo general en lo específico, en concreto: el caso. Dicho de otro modo, el método deductivo es un esquema lógico que permite articular premisas que parten de la teoría, o de condiciones iniciales o generales, que permiten llegar a una conclusión que acapare una explicación sobre un caso en particular. Por lo tanto, se colige que el esquema lógico de la deducción es muy útil para sistematizar el razonamiento jurídico, puesto que al organizar los conocimientos generales se puede llegar a una conclusión, cuya aplicación es utilizada para resolver una controversia: en otros términos, la esquematización de las conceptos y lineamentos generales formulan conclusiones que satisfacen, en concreto, cada caso que el abogado debe solucionar.

11 Riofrío, J. C. (2015). La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles, *Revista de educación y derecho*, No 12. 6.

No obstante, el método deductivo podría resultar insuficiente a la hora de brindar esquemas lógicos para construir argumentos. Por ende, el operador jurídico para satisfacer sus intereses recurre al uso de sistemas lógicos que aporte con razonamientos consistentes. La propuesta de la lógica no monotónica "consiste en que aquello que se infiere es al menos razonable o consistente a falta de nueva evidencia que modifique la premisa"[12]. La información que se aumente al conocimiento de un objeto modifica las conclusiones, lo cual en el campo de la ciencia jurídica ocurre con el desarrollo jurisprudencial. Pues bien, la actividad de los jueces crea nuevas perspectivas de aplicar un concepto jurídico o una disposición de la ley. En ese orden, la lógica no monotónica concede nuevos horizontes a la argumentación, debido a que incrementa la actividad dialéctica para contrastar tesis y esbozar nuevos rangos de aplicación normativa.

Más aún, la lógica monotónica derrota conceptos aceptados generalmente para aportar con nueva información que favorezca la sistematización de ideas novedosas para argumentar y alcanzar mejores soluciones para resolver conflictos. La derrotabilidad de conceptos opera en cinco aspectos legales: ontológica, conceptual, epistémica, en justificaciones y lógica. La ontológica derrota cierto tipo de hecho legal; la conceptual derrota uno o varios conceptos legales en una situación; la derrota epistémica pone a prueba la falibilidad general o revisión de las creencias y opiniones propias; la crítica de justificaciones permite la revisión de creencias a causa de la derrotabilidad en sí; y la derrotabilidad lógica consiste en la revisión de las condicionales contenidas en reglas legales (Laso Cordero, 2009, 148).

A causa de la lógica monotónica se deduce que es un esquema lógico que proporciona información que transgrede las concepciones generalmente aceptadas, lo que otorga un sentido más de lógica común o natural al razonamiento que esgrime el operador jurídico. Esto quiere decir que al transgredir los esquemas lógicos y rígidos, se aporta con más información que satisfaga la resolución de conflictos con razonamientos que analizan más elementos de contexto. En definitiva, "no es equivocado afirmar que esta concepción de razonamiento clásico, en condiciones de vida normales, pocos llevan a cabo. En consecuencia, la lógica no monotónica nos muestra que es posible un tipo de razona-

12 Laso Cordero, J. (2009). Lógica y sana crítica, *Revista Chilena de Derecho*, No 1.147-148.

miento que, siendo riguroso, formalizado pero no deductivo, está más acorde con la realidad" (Laso Cordero, 2009, 150).

Con respecto a los esquemas lógicos, se identifica que la esquematización de ideas para los argumentos también se nutre de los hechos. Dicho de otra manera, las pruebas que dispone el operador jurídico sirven para "hacer alegaciones, cuestionarlas, apoyarlas a través de razones, criticar esas razones, refutar las críticas y así sucesivamente" hasta llegar a una conclusión que satisfaga la resolución de conflictos (Laso Cordero, 2009, 151). En resumen, las pruebas sustentan las ideas que son base para la construcción de argumentos: un esquema fáctico permite hacer alegatos y demostrar un punto de vista que tiene un soporte amplio en la demostración con la verdad material o datos sobre el caso.

En suma, existe variedad de esquemas lógicos que el operador jurídico tiene posibilidad de utilizar. El método que el abogado escoja debe responder a cómo se construye la argumentación. En otras palabras, la intención del sistema lógico es agrupar las ideas para crear razonamientos lógicos que propongan alternativas congruentes para resolver conflictos.

2. LA PERSPECTIVA LÓGICA DE LA ARGUMENTACIÓN

El abogado y el juez son actores jurídicos que intervienen en todo procedimiento legal. Las decisiones que el juez toma se basan en lo que el abogado le expone a través de los argumentos. Por otro lado, es posible que se presente un escenario en donde el juez no pueda aplicar los esquemas de la lógica a rajatabla en sus decisiones, por lo cual es necesario prestar atención a la argumentación. La lógica formal es aquella en la que existe demostración, la lógica informal es aquella que necesita de la argumentación para demostrar un punto[13].

Entonces, la argumentación plantea una perspectiva lógica no formal o informal debido a que en el derecho las razones se justifican. En este punto, la argumentación demuestra la razonabilidad del punto que se arguye, debido a que disuade para que los enunciados sean admitidos. Pero la admisibilidad de los argumentos jurídicos depende de la estructura de la premisa: dentro del mensaje existen inconsistencias lógicas o construcción incorrecta del argumento. Al respecto, se

13 Perelman, Ch. (2007). Lógica formal y lógica informal,*Praxis Filosófica*, No 25. 141.

afirma que desde la perspectiva de la lógica no formal se analiza cómo argumentar: no puede objetivarse una razón justificada, puesto que los razonamientos judiciales no son axiomas (Perelman, 2007, 141).

Por otro lado, los esquemas no formales de la lógica, en los argumentos, no pueden ser sometidos a un análisis objetivo, por lo que es propone la evaluación del contenido del mensaje y el contexto que lo reviste.

A. Los argumentos retóricos

Para comenzar, la argumentación retórica se define como el conjunto de enunciados que permiten disuadir a una persona. En este caso, la argumentación retórica sirve al operador jurídico para persuadir al juzgador para que adopte o acepte una resolución que satisfaga los intereses que persigue el jurista. El discurso que esgrime el abogado aporta con elementos técnicos, ya sea la norma jurídica o el conocimiento dogmático, y con pruebas para que los argumentos posean fuerza y sean contundentes al momento de disuadir al juez.

La argumentación jurídica utiliza elementos retóricos con el fin de disuadir o resolver una disputa. En este punto, la argumentación toma un importante protagonismo, debido a que esta actividad demanda un proceso dialéctico complejo que armoniza el lenguaje y las pruebas que el operador jurídico tiene para defender un punto de vista[14]. En otras palabras, el pragmatismo de la argumentación reside en la aplicación de las palabras para solucionar conflictos. El abogado y el juez, por medio de los argumentos, buscan resolver disputas: el jurista expone argumentos para defender los intereses de quien defiende; el juzgador dirime la controversia por medio de la resolución, cuyo sustento son los razonamientos que son expresados por medio de los argumentos. De este modo, la argumentación retórica tiene un enfoque pragmático, ya que es la base sobre la cual se exponen razones para resolver disputas.

De igual modo, se identifica que el argumento retórico tiene por fin, básicamente, disuadir al juez (en el caso del abogado defensor) o refutar los argumentos que exponen otros operadores jurídicos. No obstante, la argumentación retórica tiene elementos técnicos: el carácter u objetivo

14 Atienza Rodríguez, M. (2015). Razonamiento Jurídico. En Fabra Zamora, J. y Rodríguez Blanco, V. (editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México D.F., UNAM. 1439.

del discurso, el ámbito pasional y el fondo mismo del discurso. Se colige que el argumento retórico plantea un objetivo que busca alcanzar, introduce lo emotivo para convencer y disuadir, sin dejar de lado los temas de fondo que deben cuidarse. En el tema de fondo es donde más se debe poner énfasis, debido a que la argumentación retórica permite: 1) proponer una pretensión o planteamiento de problema; 2) esboza las razones que apoyan a la pretensión y justifiquen el alcance de la conclusión; 3) identificar los enunciados generales, es decir, las disposiciones normativas, que permiten alcanzar un determinado fin y sustentarlo; y, 4) el respaldo que son las razones técnico-jurídicas para proporcionar enunciados contundentes para alcanzar un objetivo, como por ejemplo citar una norma (Atienza Rodríguez, 2015).

Además, la argumentación retórica facilita una herramienta de análisis para la construcción de las premisas y a las conclusiones que alcanzan. Es decir, el discurso necesariamente plantea una pretensión, que es justificada a lo largo de la argumentación, para alcanzar una conclusión que satisfaga los intereses que persigue el operador jurídico. En este orden, el abogado presenta enunciados que basan su sustento en la norma jurídica, en el conocimiento conceptual y en las pruebas que posee para demostrar el punto de vista que defiende. En síntesis, la argumentación retórica armoniza el sentido de la fuerza del discurso con sustento en las disposiciones de las leyes y en las pruebas que presenta el operador jurídico sobre un determinado caso.

En fin, la argumentación retórica ayuda al operador jurídico a cuidar aspectos de fondo del discurso. Los aspectos de fondo consisten en las pretensiones que plantea el jurista, en los fundamentos de hecho y de derecho y, en último término, las pruebas que sustentan el punto de vista que defiende el operador jurídico. Los recursos retóricos, que utiliza el abogado en el discurso, permiten elaborar un fondo técnico-jurídico, un lenguaje emotivo para llegar al receptor de los argumentos y el cómo está construido el mensaje. Con respecto al cómo está construido el mensaje, se afirma que el argumento debe presentar premisas que lleguen a conclusiones pertinentes, con apoyo en los medios probatorios y los fundamentos de derecho.

B. Evaluar los argumentos jurídicos

Con respecto a la evaluación de los argumentos jurídicos, se identifica que la consistencia de los razonamientos radica en aspectos de for-

ma y de fondo. El razonamiento del operador jurídico busca exponer un discurso que pueda ser aceptado como válido y cuya finalidad sea disuadir al juzgador. En cambio, los argumentos del juzgador deben ser sometidos a un análisis para verificar la consistencia de las decisiones que toma y si estas son motivadas. En tema de fondo y forma, el juzgador debe prestar atención a los esquemas de la lógica (forma) y en construir adecuadamente sus razonamientos (fondo). La evaluación de los argumentos jurídicos permite la comprensión de las justificaciones que fundamentan la decisión y verificar la correcta pertinencia entre las premisas y las conclusiones.

Los razonamientos que expone un operador jurídico sustentan y justifican por qué se argumentó de tal manera. En otras palabras, la argumentación demuestra con enunciados que corroboren lo que se expresa. Seguir los esquemas formales de la ley y apegarse estrictamente a los procedimientos legales justifica que se argumentó correctamente[15]. Para ejemplificar, los jueces justifican una decisión cuando sus razonamientos tienen sustento en el procedimiento prescrito por la legislación y mediante el cumplimiento de las disposiciones de las leyes. En este sentido, la evaluación del argumento jurídico depende del estricto cumplimiento de las prescripciones normativas y de cuidar la parte sustantiva del proceso, es decir, de la motivación razonada y justificada.

Por otro lado, para que un argumento sea consistente, éste sigue un esquema lógico que sistematice la consecución de premisas y conclusiones. De igual manera, "un buen argumento, una buena fundamentación judicial, significa, entonces, un razonamiento que tiene una estructura lógica reconocible y que satisface un esquema de inferencia válido" (Labossiere, 2013). La argumentación tiene su base en una estructura lógica que presenta consistencia, debido a que las premisas y las conclusiones son congruentes entre sí, lo cual dota de solidez al mensaje y es fácilmente aprehensible.

Pero objetivar el argumento bajo esquemas meramente formales puede reducir la evaluación a cuestiones de forma, más no de fondo. En cuestiones de fondo, se afirma que para que un argumento sea consistente, no debe tener incongruencias en la construcción del mensaje: esto es, las falacias. Una falacia es un error de razonamiento o un argumento aparente que cuyas premisas conducen a una conclusión

15 Atienza, M. (2011). Cómo evaluar las argumentaciones judiciales, *Diánoia*, No 67. 115.

sin sustento lógico[16]. No obstante, debido a la larga lista de falacias, es conveniente rescatar que este tipo de argumentos tienen por objetivo engañar al receptor del mensaje para que acepte una razón que tiene incongruencias lógicas. En este sentido, se evalúa la consistencia del mensaje bajo el esquema lógico de la deducción: las premisas deben aportar razones y justificaciones que apoyen la conclusión, esto es la pertinencia entre las premisas y la conclusión.

En cambio, también se evalúa a los argumentos jurídicos en base a la decisión que toma el operador jurídico. En este sentido, el juzgador debe ser capaz de seleccionar los criterios que, en base a las disposiciones de la ley y los principios jurídicos, permitan solucionar los conflictos de la manera más efectiva y justa[17]. A saber, la evaluación de una decisión tiene su sustento en los parámetros para escoger y fundamentar una decisión: un caso puede tener variedad de soluciones, pero solamente una resolución puede ser efectiva. Escoger una respuesta hace que el juzgador actúe irracionalmente, debido a que los criterios que utilizará son completamente arbitrarios y difíciles de objetivar. Si se acepta esta tesis, la decisión del juez opera en torno al sistema de creencias, a la experiencia y al dominio conceptual de la ley. Esto permite colegir que el juzgador deja una impronta de valoración personal en la decisión, pero la resolución puede ser evaluada bajo los criterios de que lo decidido esté en consonancia con las leyes y con los principios jurídicos.

Así mismo, cada juzgador es autónomo a la hora de decidir por una resolución a un caso. El acto de voluntad sigue esquemas lógicos que permiten aceptar como válida la decisión (Etcheverry, 2015). En otras palabras, el entendimiento que tiene el juzgador puede ser expresado por medio de argumentos que sustenten la decisión, con fundamento en las disposiciones normativas. El entendimiento del juez es lo que permite explicar y razonar los motivos que le inducen a resolver un caso de una determinada manera. En síntesis, la consistencia de la decisión tiene su fundamento en el acto de voluntad del juzgador para escoger los preceptos jurídicos y las leyes que permitan una resolución efectiva de un caso.

16 Labossiere, M. (2013). *Cuarenta y dos falacias*. 10.

17 Etcheverry, J. (2015). La relevancia de la determinación judicial y la tesis de la respuesta más justa, *Díkaion*, 1. 74-75.

Finalmente, la evaluación de los argumentos jurídicos analiza el razonamiento que plantea el juez y la construcción estructural del discurso. En este sentido, las resoluciones judiciales tienen motivaciones, cuya base son las disposiciones de la ley y los principios jurídicos. Esto identifica que la consistencia de la decisión se basa en aspectos de fondo, ya que el razonamiento es fuerte cuando las premisas son pertinentes con las conclusiones y existe sustento en los enunciados que derivan en una decisión judicial. Empero, la resolución judicial no siempre se puede objetivar, debido a que cada juzgador escoge la solución que considera más eficaz. La eficacia de la resolución a cada caso tiene que ser motivada con las leyes, con los procedimientos prescritos y por los principios jurídicos.

3. LA INTERDISCIPLINARIEDAD Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En el mundo actual, se encuentra muy en boga recurrir a la metodología de otras ciencias para plantear alternativas más, por decirlo de alguna manera, holísticas. La propuesta de la interdisciplinariedad es sumamente interesante, puesto que formula un conocimiento con mayor amplitud y que tiene utilidad práctica para resolver conflictos. Es innegable que el derecho desarrolla un sistema de regulación de conductas, pero el desarrollo de la dogmática jurídica ha construido un conceptualismo tan espeso y denso que dificulta el entendimiento del estudio del derecho[18]. La densidad y el exceso de formulación de conceptos jurídicos, fragmentan el conocimiento y centralizan el ámbito de estudio. Por lo cual, se considera que es posible el análisis del derecho desde enfoques sociológicos, antropológicos, económicos, etc., puesto que la metodología de otras ciencias favorece a ampliar el entendimiento de la ciencia jurídica.

Para empezar, la interdisciplinariedad se define como la interacción entre las distintas ciencias para solucionar problemas complejos, mediante el diálogo de ideas, la integración de conceptos, metodologías, procedimientos, epistemologías o formaciones académicas[19]. Bajo este sentido, la interdisciplinariedad permite al operador jurídico discriminar y seleccionar los métodos que propicien el desarrollo técnico

18 Bullard, A. y Mac Lean, A. C. (2009). La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía?, *Academia. Revista sobre la enseñanza del derecho*, No 13. 24.

19 De la Reza, G. y Lara, A. (2012). Creación interdisciplinaria: el isomorfismo como criterio normativo, *Argumentos*, No 68. 225.

de la ciencia, puesto que articula los conocimientos que han sido fragmentados por la especialización[20].

La propuesta de la interdisciplinariedad de las ciencias gira en torno a un contexto práctico-operativo, el cual busca una coordinación organizada entre los distintos miembros de una ciencia para desarrollar conocimientos que sean pragmáticos al momento de proponer respuestas a la solución de conflictos[21]. De igual forma, si se contempla la propuesta de interdisciplinariedad científica, el operador jurídico sería capaz de adoptar mayor conocimiento y expresarlo por medio de la argumentación, lo cual favorece a la construcción de razonamientos más amplios que pueden proponer soluciones a los conflictos que son de conocimiento jurídico. Es decir, acceder a más conocimiento y utilizar las herramientas metodológicas para analizarlo, apoya a la construcción conceptual del argumento y lo robustece de solidez para plantear respuestas a los conflictos que puedan suscitarse.

El desarrollo científico y tecnológico de hoy obliga a las personas a conocer sobre varios temas. En lo que respecta al mundo académico, es inadmisible que un investigador o un profesional se desarrollen sin conocer los problemas del mundo y los resultados alcanzados por solucionarlos. Esto supone un ánimo en el que el profesional debe ser capaz de conocer, o al menos informarse, los nuevos rumbos que toma el desarrollo científico. En el caso del mundo jurídico, es imposible negar que el desarrollo tecnológico plantea nuevas relaciones laborales, nuevo desarrollo industrial e inclusive los nuevos negocios jurídicos que se realizan vía internet. Todo esto obliga al operador jurídico a considerar el desarrollo del conocimiento desde una perspectiva más holística y menos centralizada del progreso científico (Orejuela, 2009).

En contraste, la interdisciplinariedad tiene sus limitantes al momento de la aplicación de esquemas metodológicos de otras ciencias. Se identifica tres problemáticas con respecto a la interdisciplinariedad: los paradigmas propios de cada ciencia no pueden ser aplicados a rajatabla en otra; la imposibilidad de crear reglas comunes o parangones que unan los paradigmas científicos; y, el sistema autopoiético de la ciencia jurídica que plantea el derecho se crea y se reproduce en sí mismo.

20 Rivera, R. (2015). La interdisciplinariedad en las ciencias sociales, *Reflexiones*, No 1. 14.

21 Orejuela, J.J. (2009). Primero afirmar, luego integrar. La interdisciplinariedad y las ciencias sociales, *Revista Científica Guillermo de Ockham*, No 1. 43.

En primer lugar, cada ciencia tiene su propio paradigma, es decir se desarrolla una teoría propia para comprender el objeto de estudio[22]. Cada paradigma es una forma de comprender el mundo, lo cual significa que la concepción de cada ciencia es diferente. Por ejemplo, en sociología se puede estudiar cómo funciona estructuralmente la sociedad y qué funciones cumple cada actor social, pero en el derecho puede estudiarse el funcionamiento de la sociedad a través de las leyes. Entonces se colige que cada ciencia tiene un paradigma para comprender su objeto de estudio.

En segundo lugar, no siempre es posible establecer parangones entre distintos paradigmas. En otras palabras, cada ciencia tiene sus propias reglas y su propio lenguaje para explicar su objeto de estudio (Salas, 2006). Entonces, se afirma que la terminología de una ciencia no es igual a la de otra, por lo cual es imposible establecer parangones que relacionen un razonamiento con otro ya que se perdería el desarrollo teórico específico de cada una.

Y en tercer lugar, el sistema jurídico es autopoiético, es decir, es un sistema cerrado que se reproduce a sí mismo. Por ejemplo, los conceptos se encuentran dentro del sistema jurídico y estos se referencian entre sí; a su vez, el mismo derecho fija las reglas formales en las que se crean las leyes y en cómo se derogan. Entonces, se comprende que la característica de sistema cerrado del derecho dificulta la aprehensión de teorías de otras ciencias.

Por último, la propuesta de interdisciplinariedad permite al operador jurídico contar con recursos metodológicos y conocimientos de otras ciencias, los cuales aportan con mayor información a la hora de construir argumentos. En el aspecto de fondo, la argumentación jurídica puede robustecerse de los conocimientos y plantear una visión holística a la hora de proponer un camino para que se resuelva un conflicto. En otras palabras, la interdisciplinariedad aporta con elementos teóricos que el operador jurídico utiliza en la construcción de sus argumentos.

Además, el operador jurídico podría estar en capacidad de utilizar la metodología de otras ciencias para esquematizar el conocimiento teórico, las disposiciones normativas y la información técnica de otras ciencias para construir argumentos concisos que permitan satisfacer

22 Salas, M. (2006). Interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales y Jurídicas: ¿Impostura intelectual o aspiración científica?, *Revista de Ciencias Sociales*. 58.

los intereses que persigue el jurista. En este punto, la utilización de los recursos académicos de otras ciencias, otorga al abogado mayor variedad de conocimiento que puede ser aprehendido, interpretado y esquematizado en la construcción de los argumentos jurídicos.

4. CONCLUSIONES

Se concluye que la comprensión de un objeto, sea éste un caso o un tema de conocimiento, aporta positivamente en la construcción de argumentos debido a que propicia un entendimiento más amplio sobre un objeto. Además, la comprensión del objeto favorece al desarrollo del discurso argumentativo, en el sentido que le otorga significados más amplios sobre el conocimiento de la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Además, existe un nexo entre la argumentación y la interpretación, ya que la relación entre estos dos conceptos posibilita el desarrollo de significados a las disposiciones de la ley. La interpretación otorga al operador jurídico discrecionalidad y rango de acción, puesto que el jurista puede discriminar y seleccionar bajo qué contexto y bajo qué parámetros conceptuales puede aplicarse o no una prescripción legal. Bajo este supuesto, la argumentación cumple un papel importante, ya que el abogado debe ser capaz de presentar los razonamientos que, acorde a las necesidades, sustentan la aplicación de la ley.

Por otro lado, es posible concluir que los esquemas lógicos permiten sistematizar las ideas que sirven como base de los razonamientos que se esgrime en la argumentación jurídica. Seguir un esquema lógico facilita que el fondo del discurso sea consistente, esto quiere decir que si se sistematizan los razonamientos se consigue una expresión argumentativa, cuyas premisas derivan en conclusiones consecuentes. Asimismo, se afirma que es posible analizar la argumentación jurídica desde un ámbito lógico formal y un ámbito no formal. En el ámbito formal, el análisis de evaluación de un argumento jurídico gira en torno a la estructura del discurso. En cambio, el ámbito no formal se enfoca en el contenido del argumento. Debido a que la argumentación tiene su sustento en la estructura y en el fondo del mensaje, se armoniza el análisis de fondo y se identifican dos parámetros para verificar la validez del discurso: los recursos retóricos (conjunto de enunciados cuyo fin es disuadir) y los fundamentos de derecho (la ley, doctrina o jurisprudencia).

Al mismo tiempo, se concluye que la evaluación del argumento jurídico es plausible en base a los fundamentos de derecho y en las prue-

bas que se proporcionan. Para contrastar la consistencia de la decisión de un juez se debe prestar atención a la forma del argumento, esto es que cumpla con los esquemas lógicos. Por otro lado, se verifica la consistencia del argumento en temas de fondo, debido a que los razonamientos tienen congruencia entre las premisas y las conclusiones. A pesar de la existencia de esquemas lógicos, la decisión del juez suele ser arbitraria y está sujetas al entendimiento y conocimiento que el juzgador tiene, por lo cual para contrastar la consistencia del argumento, la resolución debe tener fundamento en las disposiciones normativas y en los preceptos jurídicos.

Y finalmente, se concluye que la interdisciplinariedad de las ciencias aporta a la argumentación jurídica, en el sentido que expone una amalgama amplia de herramientas metodológicas para adquirir y sistematizar información y conocimiento. Por otro lado, la interdisciplinariedad facilita la construcción de argumentos jurídicos, ya que aporta con mayor conocimiento que puede robustecer el fondo del discurso. Empero, la interdisciplinariedad también tiene sus limitantes en el campo jurídico, debido a que el sistema jurídico, al ser cerrado, dificulta la aprehensión de conceptos de otras ciencias y no tiene reglas comunes para armonizar la dogmática jurídica y la dogmática de otra disciplina. En este sentido, se colige que la interdisciplinariedad es una herramienta útil, en la medida que las metodologías seleccionadas de otras ciencias satisfagan con propuestas prácticas a la hora de resolver conflictos.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arena, F. (2011). Intención, Contratos e Interpretación de Textos Jurídicos Indeterminados, *Isonomía,* No 35. 53-81.

Atienza Rodríguez, M. (2015). Razonamiento Jurídico. En Fabra Zamora, J. y Rodríguez Blanco, V. (Editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho,* México D.F.: UNAM. 1419-1452.

Atienza, M. (2011). Cómo evaluar las Argumentaciones Judiciales, *Diánoia,* No 67. 113-134.

Bullard, A. y Mac Lean, A. (2009). La Enseñanza del Derecho: ¿Cofradía o Archicofradía?, Academia. *Revista Sobre Enseñanza del Derecho*, No 13. 21-47.

Cabra Apalategui, J. (2011). Claves De La Argumentación Jurídica. En *Luis Recaséns*, AFD, No 2. 37-61.

Cianciardo, J. (2014). Argumentación, Principios y Razonabilidad entre la Irracionalidad y la Racionalidad, *Díkaion*. 11-36.

Dávila Newman, G. (2016). *El Razonamiento Inductivo y Deductivo dentro del Proceso Investigativo de Ciencias Experimentales y Sociales,* Laurus. 180-205.

De la Reza, G. y Lara, A. (2012). Creación Interdisciplinaria: El Isomorfismo como Criterio Normativo, *Argumentos,* No 68. 223-237.

Fernández Ruíz, G. (2011). Una mirada a la Argumentación Jurídica desde la Óptica Aristotélica, *Revista de Ciencias Sociales*, No 116 . 13-34.

Isolina Dabove, M. (2015). Argumentación Jurídica y Eficacia Normativa: Hacia un Sistema Integral del Funcionamiento del Derecho, *Díkaion*, No 1. 36-65.

Labossiere, M. (2013). *Cuarenta Y Dos Falacias, Trad. De Alex Newsted*, En Http://Blog.Talkingphilosophy.Com/Wp-Content/Uploads/2015/08/42-Falacias.Pdf, Fecha De Consulta 26 De Julio De 2017.

Laso Cordero, J. (2009). Lógica Y Sana Crítica, En *Revista Chilena De Derecho*, No 1. 143-164.

Moreno Cruz, R. (2012). *Argumentación Jurídica, Por Qué y Para Qué*. UNAM, Instituto De Investigaciones Jurídicas. 165-192.

Orejuela, J. (2009). Primero Afirmar, Luego Integrar. La Interdisciplinariedad y Las Ciencias Sociales, *Revista Científica Guillermo de Ockham*, No 1. 41-56.

Patiño Arango, A. (2011). Importancia de los Problemas Filosóficos en la Filosofía del Derecho de Hart. *Praxis Filosófica*, No 32. 175-205.

Perelman, C. (2007). *Lógica Formal y Lógica Informal*, Praxis Filosófica, No 25. 139-144.

Quinche Ramírez, V. y Quinche Ramírez, M. (2005). *Teoría de la Argumentación, mundo de la vida y la práctica argumental, Estudios Socio-Jurídicos*, No 1. 117-134.

Ramírez Ludeña, L. (2015). Verdad y corrección en la interpretación jurídica, *Revista de Derecho Valdivia*, No 1. 9-31.

Real Alcalá, A. (2011). *Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No 131. 675-700.

Riofrío, J. (2015). La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles, *Revista de educación y derecho*, No 12. 1-27.

Rivera, R. (2015). *La interdisciplinariedad en las ciencias sociales*, Reflexiones, No 1. 11-22.

Salas, M. (2006). Interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales y Jurídicas: ¿Impostura intelectual o aspiración científica?, *Revista de Ciencias Sociales*. 55-69. 113-114

Salazar Londoño, E. (2012) *I*nterpretación e integración normativa, Prolegómenos. *Derechos y Valores,* No 29. 55-66.

Recibido: 12/02/2017
Aprobado para publicación: 27/05/2017

José David Paredes Sandoval: Investigador jurídico del Estudio Vega & Asociados. Especializado en temas de Filosofía del Derecho y Teoría de la Ciencia.

Correo electrónico: josedparedes@gmail.com

Razonamiento jurídico: Lógica, interpretación y argumentación

Legal Reasoning: Logic, Interpretation and Argumentation

Mabell Abigail Lagla Pillajo
Investigadora Jurídica, Cevallos & Noboa

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 59-80, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El presente trabajo investigará los aspectos más importantes de la lógica de lo razonable, en el cual la argumentación juega un papel fundamental mientras que la interpretación jurídica, no se encuentra ajena a ello. Además, se recurrirá al razonamiento jurídico, el cual pretende como fin último la búsqueda de una solución ante el conflicto, por medio de la aplicación de una proposición normativa, que debe ser justificada y fundada como fruto de una decisión.

PALABRAS CLAVE: Razonamiento jurídico, proposición normativa, interpretación jurídica, argumentación, motivación.

ABSTRACT: The present work will investigate in the most important aspects of the logic of the reasonable, in which the argument plays a fundamental role and while the juridical interpretation, is not alien. Legal reasoning seeks as the ultimate goal the search for a solution to the conflict, through the application of a normative proposition, which must be justified and founded as the result of a decision. The importance that it has for the juridical world, we can discover with just thinking, in the procedural law that has at last to regulate the form of the dispute or judicial controversy, in which the parties are thrown in a discussion where they argue and debate, In order that an impartial third party of credit to its positions and fails as dictated by the right.

KEYWORDS: Legal reasoning, normative proposal, legal interpretation, argumentation, motivation.

INTRODUCCIÓN

Hay diversas formas de aproximarse al razonamiento jurídico o a la argumentación jurídica. Estas dos expresiones, se utilizarán, a partir de ahora, como sinónimas. En ese sentido, el concepto de razonamiento jurídico se entiende en ocasiones como una aplicación de la noción general de razonamiento (cualquiera que esta sea) al campo específico del Derecho; pero otras veces, se considera que el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento con características propias y cuya comprensión y manejo exigen un tratamiento diferenciado.

Es exigible entonces, perfilar una formulación inicial de la base del razonamiento jurídico en su expresión formulativa y en tal virtud, se cree que el juez, al iniciar el estudio del problema a resolver, debería de forma preliminar, estar convencido de acudir a un razonamiento lógico que evite decisiones manifiestamente contradictorias, vale decir, infracciones sustanciales a las reglas de la lógica, a fin de encontrar una decisión que sea esencialmente coherente.

Una vez definido, a grandes rasgos, el esquema lógico, deberá optar por una argumentación idónea, es decir, deberá recurrir a las proposiciones argumentativas que pretendan construir, paso a paso, la solución del problema que se le plantea. En ese sentido, la argumentación constituye la forma sustancial de resolución de conflictos y desde la perspectiva del derecho y razonamiento jurídico, esboza un enfoque de la evolución de la argumentación jurídica como disciplina autónoma.

Ahora, se tiene un esquema lógico y argumentos que sirven de base firme para nuestras proposiciones. Tiene lugar entonces, sobre lo anteriormente desarrollado, la exigencia de una adecuada interpretación no solo de la norma jurídica aplicable al caso concreto, sino también, de los hechos concernientes al caso. Al respecto, es prudente señalar que durante mucho tiempo, la exigencia interpretativa tuvo lugar, sobre las normas jurídicas como tales. Es decir, solo bastaba la interpretación jurídica correcta de la norma para llegar a una conclusión idónea.

La evolución del razonamiento jurídico como disciplina ha permitido constatar que la mera interpretación de la norma, resulta manifiestamente insuficiente. Y tal como se propone, la interrelación de los hechos resulta tan o más importante que la interpretación de la norma, dado que los hechos constituyen el insumo procesal fundamental al cual ha de recurrir el juzgador para posicionar su decisión.

Aún más allá de la simple posición de considerar los hechos como materia a interpretar. Se refiere inclusive que el juez debe analizar todos y cada uno de los hechos a fin de materializar motivadamente su decisión, a diferencia de lo que convencionalmente la norma le exige al juez, es decir, inclinarse por estimar una valoración conjunta y razonada de los medios probatorios a efectos de explicar su decisión.

Por último, representa la esencia de todo el devenir intelectual de los pasos formulados en esta secuencia que se denominará "ejes del razonamiento jurídico idóneo en sede judicial", se tiene que la motivación, como expresión final de la decisión, va a representar la suma y ratio final, de todas las fases previas, a efectos de lograr el juez una legitimación de sus decisiones. Como solía decir el mismo Ferrajoli, *"la base para el uso del poder del Juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones"* (Ferrajoli, 2001), y es a ello a donde debe apuntar el trabajo del juzgador en su fase motivacional, dado que una decisión judicial, por más discutible que fuera para la sociedad en general, se habrá ceñido a su deber de motivar dentro del Estado Constitucional si adopta un esquema idóneo no solo de justificación interna y externa de sus premisas, sino de lógica, argumentación e interpretación eficaces.

En suma, se aprecia una problemática esencialmente de construcción en el razonamiento jurídico. No resulta sencillo para el juez lograr el uso de todas las herramientas disponibles si no existe un entrenamiento formativo adecuado e idóneo en el tema. Y a ese propósito se han orientado diversas expresiones de autores e instituciones vinculadas al quehacer intelectual y de formación de los jueces.

Por lo tanto, la primera parte del presente documento, analizará de forma detallada la actuación de la lógica jurídica en el razonamiento judicial. La segunda parte, se enfocará en la interpretación jurídica como herramienta fundamental para las decisiones judiciales. Por último, la tercera parte examinará la argumentación en la praxis judicial, además de tener en cuenta su necesidad e importancia para el *ratio decidendi*; sin dejar de lado la motivación, que es otro aspecto fundamental que usan los jueces en cada caso.

1. LA LÓGICA JURÍDICA EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

A. Lógica de lo razonable

Mientras la lógica formal enseña las reglas del razonamiento para alcanzar la corrección, se descubre que esta misma corrección se presenta como fin inmediato del razonamiento (Cristancho Altuzarra, 2005). A todo razonamiento, se le atribuye un carácter instrumental porque permite conquistar distintos grados de certeza, que se puede clasificar como autoevidente (demostrable, plausible y aparente). En este sentido, tanto la lógica formal como la lógica dialéctica, deben integrarse y complementarse frente a las necesidades del discurso jurídico, para que sea aceptado como razonable, siempre que se encuentre sujeto a determinado criterios de corrección ya que debe establecer consideraciones sobre lo "justo".

Para la filosofía general, las tres operaciones del espíritu son, la aprehensión, el juicio y el razonamiento. Que permiten producir conceptos, que serán expresados por palabras o, unir o dividir conceptos y por último, como más elevada operación se encuentra al razonamiento, que posibilita agrupar proposiciones que buscan dar complejidad a nuestro pensamiento y de este modo fundamentar, nuestra acción o forma de pensar por medio de la argumentación, como justificación de nuestro actuar, y sobre los que se predica la verdad o verosimilitud de los mismos (Pachón Alonso et al., 2016). Se fundamenta tal actitud en la necesidad de una "razón" de tipo demostrativa, según las necesidades del "espíritu".

B. La lógica jurídica

La lógica jurídica no es igual a la lógica formal (meramente enunciativa, como las matemáticas que tienen una serie de supuestos indiscutibles); la lógica jurídica razona sobre situaciones concretas o contingentes, que operan mediante enunciados o proposiciones que dependen de la intención del operador, con la finalidad de convencer al público (Solari Merlo, 2015). Desde el punto de vista formal, examina las operaciones intelectuales del jurista, así como los productos mentales de esas operaciones: conceptos, divisiones, definiciones, juicios y raciocinios jurídicos, merecen en razón de su objeto específico el nombre de lógica jurídica.

Además, a la lógica jurídica en el razonamiento judicial le incumbe el contenido de las normas jurídicas, sin embargo, no produce la decisión, sino es una herramienta para decir si esa decisión es razonada, es decir, prevé una serie de criterios para controlar la racionalidad de una decisión.

La lógica jurídica postula que debe rechazarse toda interpretación que conduzca a lo absurdo, y optar por la decisión más racional, es decir, convertir un derecho general abstracto a un derecho concreto. Este derecho concreto lo emite el Juez en una sentencia y para ello es necesario hacer un análisis lógico jurídico, una labor de interpretación, aplicar la ley y analizar que esa ley se mueva en el Sistema Jurídico.

El sistema jurídico por obligación tiene un solo ordenamiento jurídico, el cual guarda relación entre ellos mismos; se mueve bajo tres condiciones, que son a la vez sus características: unidad, coherencia y plenitud. (López, 2008)

a) Unidad Jurídica

El Criterio de Unidad es que la ley aplicable este en armonía y conforme a la constitución (para Kelsen la Constitución es: norma Superior; para Hart: Norma Fúndante). (Linde Paniagua, 2003). Si la norma está conforme con la constitución entonces se llama validez material; ejemplo, cuando la Sala Civil declara inaplicable el plazo para apelar, y prefiere la norma constitucional que regula los derechos del niño y de los padres, está dando una supremacía a la norma constitucional. La validez formal tiene que ver con su vigencia, el haber seguido el procedimiento constitucional para su elaboración, sanción, promulgación y publicación. En este sentido, cada tipo de norma en función de su fuente de producción va a ser igual a las que siguen su misma forma aunque el contenido sea distinto.

La noción de unidad del sistema atempas de ser importante para comprender la manifestación de los conflictos normativos, es una idea regulatoria del mismo que permite hacerlo coherente (Costa de Manzarredo, 2016). Esta unidad debe expresar coherencia y consistencia, ya que solo así puede expresarse un razonamiento racional y lógico. De otra manera no puede esperarse que las normas sean obedecidas, o que de alguna manera sean eficaces.

b) Coherencia jurídica

La coherencia es una relación por la cual un conjunto de normas se subordina a (o subsume en) un conjunto de principios o valores relevantes; las normas coherentes satisfacen o son instancias de estos principios o valores (Romero Tamayo, 2000). Distingue entre principios y valores, que puede ser ambos, indistintamente, los referentes o parámetros de coherencia de un determinado conjunto de normas. Los valores son los estados de cosas deseables o fines valiosos perseguidos legislativamente, mientras que los principios son enunciados que establecen lineamientos generales de conducta tendientes a la obtención o concreción de los valores.

La coherencia se balancea entre la necesidad de especificidad del derecho (en cuanto a la necesidad de estipulación de normas detalladas) y la necesidad de que dichas normas sean instancias de principios generales (exigencia de universalidad y generalidad), toda vez que pocas personas pueden conocer el derecho en detalle, mientras que la mayoría pueden conocer los principios y valores generales del mismo. La función normativa de la coherencia puede entenderse como aquella función tendiente a resolver casos genéricos patológicos que puede poseer un sistema normativo. En este sentido, la coherencia resuelve problemas de antinomia, para lo cual la mejor solución se basa en tres principios que solo se los nombrará: Jerarquía, especialidad y Cronología. (Periñán-Pascual, y otros, 2011)

c) Plenitud

La plenitud es una de las características del ordenamiento jurídico, por consecuencia del razonamiento judicial. Se entiende por plenitud la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. A la ausencia de una norma se le denomina generalmente laguna. (Salinas, 2004).

Aunque algunos autores sostienen que el ordenamiento jurídico suelen haber lagunas. De todos modos en cada ordenamiento jurídico por lo menos siempre deben estar presente los criterios que permiten solucionar las antinomias y lagunas que pueda haber.

Cuando en 1804 se publicó el Código Napoleón el nuevo cuerpo legal suscitó tal entusiasmo que se llegó a pensar que en el articulado

del mismo se hallaba la solución a cualquier asunto. Ello dio origen al denominado “dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico”. (Galiano-Maritan, y otros, 2012). Es claro que tales opiniones estaban lejos de la realidad pues por minucioso que sea el redactado de la norma siempre serán inevitables las lagunas del Derecho. Puesto que en nuestro sistema no cabe el *non liquet* el juez, aplicador del Derecho, siempre tiene que pronunciar un fallo sobre cualquier cuestión que le sea sometida: basándose en la norma pertinente, si la hay, o llenar la laguna cuando ésta se presente.

En conclusión, el tema del razonamiento judicial puede ser considerado, cuando menos, desde dos puntos de vista: a) cuando genera hincapié en el aspecto sustancial por el que el juez trata de determinar o fijar las premisas para justificar su decisión final o conclusión; b) pone el acento sobre el aspecto exclusivamente formal, esto es, examinando su corrección lógica. De esta manera se analizó como a la lógica le interesa lo correcto en los razonamientos jurídicos. A ella incumbe la formulación de los preceptos para razonar correctamente.

I. Interpretación jurídica

La interpretación jurídica (o del derecho) es una actividad que consiste en enfocar el significado o alcance de las normas jurídicas y de los demás estándares que es posible encontrar en todo ordenamiento jurídico y que no son normas, como por ejemplo, los principios. En consecuencia, hablar de interpretación del derecho es igual a referirse a una actividad que comprende a todas las normas jurídicas, y no únicamente a las normas legales que produce el órgano legislativo. De ahí que la interpretación de la ley sea una especie de interpretación jurídica. Desde el punto de vista jurídico, entre los autores se encuentra diversas definiciones acerca de lo que es la interpretación.

Así, Guillermo Cabanellas de Torres afirma que:

> *“La Interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición.”* (Cabanellas de Torres, 2011)

En tanto, el ya clásico tratadista alemán Ludwig Enneccerus define la interpretación de la norma jurídica, en lo cual escribe lo siguiente:

"Interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también para la resolución judicial. Semejante esclarecimiento es también concebible respecto al derecho consuetudinario, deduciéndose su verdadero sentido de los actos de uso, de los testimonios y del "usus fori" reconocido y continuo. Pero el objeto principal de la Interpretación lo forman las leyes". (Atienza, 2003)

De igual manera, la conceptualización de la interpretación versa en dos sentidos con que los juristas han usado el término que ocupa. En primer lugar, se tiene el concepto restringido de interpretación, según el cual consiste en la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. Corresponde al aforismo *"In claris non fit interpretado":* no se da ni puede ocurrir interpretación cuando un texto es claro y no deja dudas o controversias. En segundo lugar, está el concepto amplio de interpretación, en este caso el término se usa para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias. Así, la interpretación se convierte en un presupuesto necesario para la aplicación del Derecho. (Ursúa, 2004).

Los dos conceptos anteriores parten ya de una idea de interpretación como actividad dianoética[23], que es distinta de la definición. Aunque ambas consisten en la reformulación de una expresión, ésta última busca adscribir un significado con el que se supere la indeterminación semántica a priori, mientras que la interpretación tiende a reconstruir el significado a posteriori. Hay también casos en que el término interpretación se refiere al producto que resulta de dicho proceso, pero el sentido que presenta un mayor interés es el que considera a la interpretación como una actividad.

23 Dianoética: Es pensar a través de razones, no es solamente pura inteligencia, o sensibilidad, es pensamiento discursivo. No se limita a la experiencia que es la captación inmediata de la realidad como la noésis. La dianoética se desarrolla en el contexto del análisis, la descripción, la justificación o de la argumentación en este caso por medio de visualizaciones y perceptualizaciones. (Realir, Vargasir, y Flores, s.f.)

A. ¿Cuáles son los objetos de la interpretación jurídica?

Otra ambigüedad que surge con respecto al término interpretación es aquella que se refiere a su objeto. En un *sentido amplio* puede ser objeto de la misma cualquier entidad capaz de portar un sentido, y en un *sentido estricto* sólo se interpretan entidades lingüísticas. En términos generales, Isabel Lifante afirma que hay tres respuestas a esta pregunta sobre qué es lo que se interpreta: 1) disposiciones jurídicas, 2) normas jurídicas, o 3) el Derecho. (Betti, 2015). Ninguna es una respuesta a plenitud satisfactoria. La primera dejaría fuera a la costumbre, la segunda ha levantado voces que consideran que las normas jurídicas son el producto de la interpretación y no tanto su objeto (para ellos lo que se interpreta son disposiciones o expresiones jurídicas), y la tercera traslada el problema a la búsqueda de un concepto claro y compartido de lo que es el Derecho. Dicha posición corresponde a quienes adoptan un concepto amplio de interpretación, e implica que interpretar es decidir el significado de un texto legislativo, no conocer sino producir una norma (por eso resulta un proceso necesario en todos los casos).

Por otro lado, la interpretación jurídica presenta otros objetos, los cuales se explicará:

a) Cuando se habla de interpretar un acto o comportamiento humano, interpretar a veces significa elaborar suposiciones en torno a los objetivos, a las razones o a las intenciones del sujeto agente; otras veces significa adscribir un sentido o un valor a la acción considerada. (Moreso, 2008). En particular, en el ámbito del discurso jurídico, "interpretar un hecho" (como homicidio intencional, en vez de muerte accidental) significa incluir ese hecho dentro de una cierta clase de hechos, o bien, subsumirlo a una norma, o incluso, calificarlo bajo el esquema de calificación que ofrece una norma para aplicarle así una consecuencia jurídica (por ejemplo, la sanción) que esa norma prevé.

b) Cuando se habla de interpretar un acontecimiento histórico o social, comúnmente "interpretar" conjeturar una relación de causa – efecto entre cierto hecho (o conjunto de hechos) condicionante y un hecho (o conjunto de hechos) condicionado.

c) Cuando se habla de interpretar un texto, significa atribuir sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje (vocablos, locuciones, enunciados). Sin embargo, conviene advertir, que a

veces no se distingue (como sería oportuno hacerlo) entre la interpretación del texto en cuanto tal y la interpretación del comportamiento humano que produce ese texto. Naturalmente la línea de demarcación entre las dos cosas, es bastante sutil. No obstante, la distinción conceptual es clara; una cosa es preguntarse por el significado de las palabras, otra preguntarse sobre las supuestas intenciones del autor. Por ejemplo, una cosa es preguntarse si el vocablo "hombre" significa, en un contexto determinado, ser humano o bien masculino de la especie humana; otra cuestión es preguntarse si la persona, al decir "atención al que haga esto", entendía una advertencia o una amenaza.

La interpretación jurídica pertenece al género de interpretación textual. En expresiones como "interpretación jurídica", "interpretación del derecho", "interpretación de la ley", "interpretación de los actos (o documentos) normativos", "interpretación de normas" y otras similares, el vocablo "interpretación" denota, *grosoo modo,* o bien la actividad de averiguar o decidir el significado e algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado del mismo. Que la interpretación sea una actividad de averiguación o de decisión es una cuestión controvertida, a la que diversas teorías de la interpretación ofrecen respuestas diferentes. (Massini Correas, 2004)

Naturalmente, existe una gran variedad de textos jurídicos sujeto a la interpretación; por ejemplo, leyes, reglamentos, contratos, testamentos, sentencias, actos administrativos, entre otros.

B. Variedad de interpretes

En el sistema jurídico vigente, la actividad interpretativa es ejercida prevalentemente, aunque no de manera exclusiva por algunos operadores típicos. En correspondencia con las diversidad figuras de los intérpretes, suele distinguirse entre interpretación auténtica, oficial, judicial y doctrinal.

a) Por interpretación auténtica se entiende, en un sentido amplio, la realizada por el autor mismo del documento interpretado (sin referencia alguna a la identidad del autor y a la naturaleza del documento); en este sentido estricto y por antonomasia, es la interpretación de la ley realizada por el mismo legislador mediante otra ley sucesiva (llamada ley interpretativa o ley de interpretación auténtica).

b) Por interpretación oficial se entiende, la interpretación realizada por un órgano del estado en ejercicio de sus funciones.

c) Por interpretación judicial (o jurisprudencial) se entiende, la realizada por un órgano de la jurisdicción.

d) Por interpretación doctrinal se entiende, la que llevan a cabo los juristas; sobre todo, los profesores de derecho en obras académicas.

Conviene decir algunas palabras para poner en evidencia varios trazos distintivos entre la interpretación judicial y la interpretación doctrinal.

a. Interpretación doctrinal e Interpretación judicial

a) En primer lugar, la interpretación doctrinal y la judicial se distinguen por "su fuerza".

   La interpretación doctrinal de una determinada disposición, de hecho, puede ser entendida como una recomendación, dirigida a los jueces para atribuir una disposición un determinado significado. En los sistemas jurídicos modernos, los profesionales del derecho no están jurídicamente habilitados para "decidir" el significado de los textos normativos: pueden hacer solamente sugerencias o propuestas. Sus propuestas interpretativas pueden, de hecho, ejercer influencias sobre las orientaciones jurisprudenciales de los tribunales (como pueden también no ejercerla); pero frecuentemente no tiene efectos jurídicos. Por esta razón, según un cierto modo de ver, los juristas deberían limitarse a enunciar los posibles significados de los textos normativos sin preescoger alguno. (Vargas-Chaves, 2013)

   La interpretación judicial de una determinada disposición, por el contrario puede ser entendida como decisión, en torno a esa disposición. Las decisiones interpretativas de los jueces producen obviamente efectos jurídicos, aunque sean circunscritos, por regla general, al caso concreto definido.

b) En segundo lugar, la aproximación a la interpretación que es propia del jurista es distinta a la que es propia de los jueces. La interpretación doctrinal puede caracterizarse como una interpretación "orientada a los textos". Con esto quiere decirse, que comúnmente,

lo juristas se preguntan (o se supone) sobre el significado de los textos normativos "en abstracto"; es decir, sin preocuparse de la solución de una específica controversia.

La interpretación judicial, por el contrario, puede definirse como una interpretación "orientada a los hechos", en el sentido de que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo como particular supuesto de hecho o controversia, del que se busca solución. Los jueces en suma, no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia, del que se busca solución, sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho se encuentra o no dentro del campo de aplicación de una cierta norma. (Baldi Cabanillas, 2005)

Dicho en otros términos, el juez no puede limitarse a la interpretación textual. La aplicación del derecho requiere, juntas, la interpretación de las fuentes y la calificación del supuesto de hecho. A su vez, la calificación del supuesto de hecho presupone la verificación de los hechos de la causa.

En conclusión, la interpretación jurídica es la interpretación práctica por excelencia, su fin no es la toma del sentido auténtico en vistas a su contemplación intelectual, sino la determinación de la regla de comportamiento, aquél que interpreta un texto legislativo (en el amplio sentido) quiere llegar a saber en último lugar no solamente lo que el autor de ese texto ha dicho o ha querido decir (si es que esto puede saberse), sino cómo comportarse uno o cómo debe comportarse aquél que enseña (en el caso del profesor de derecho), o aconsejar (en el caso del abogado). Este método requiere que se enfoque a partir de la experiencia, del caso particular dada por la conducta intersubjetiva.

2. LA ARGUMENTACIÓN EN LA PRAXIS JUDICIAL

La argumentación está orientada fundamentalmente a persuadir, tal es el caso del Juez, quien pretenderá persuadir a las partes. Argumentar es estructurar un pensamiento que tiene una serie de reglas las cuales tienen que ser razonables, sirve para persuadir al destinatario de la veracidad o validez de una tesis. A la retórica hoy en día se le conoce como argumentación. (Iturralde, 1992).

Antes se creía que argumentar era el clásico silogismo de Aristóteles, premisa mayor, premisa menor y conclusión, ahora no, la sentencia es una suma de argumentos, hay "n" respuestas por que el razonamiento jurídico es practico (aquel que admite discusión, sometida a la controversia, es pues interpretación) y demostrativo (lo que se afirma está sometido a prueba, está bajo el sistema de la libre valoración de la prueba, ya no de la prueba tasada, es pues valoración). Argumentar implica estructurar una secuencia coherente de pensamiento. Antes se decía que la sentencia era el clásico silogismo (premisa mayor, premisa menor y conclusión), hoy en día se dice que tiene una justificación. Será interna cuando se analiza la premisa mayor y la menor y se tiene una conclusión. Será externa cuando para validar (interpretar) Se debe justificar la premisa mayor y la premisa menor, con pruebas.

La argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o practico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación (Moreno Cruz, 2012). La argumentación jurídica se concretiza cuando se relaciona premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirme o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, o la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad o incompatibilidad de la norma jurídica al caso concreto.

Más allá de si la argumentación propia del derecho es deductiva o es una teoría de la argumentación, o ambas, lo cierto es que la argumentación jurídica, al menos la relativa a las decisiones judiciales, tiene, al menos, dos rasgos distintivos: su carácter práctico y su vinculatoriedad al derecho vigente.

Se dice que la argumentación propia del derecho tiene un carácter práctico porque versa sobre lo que puede o debe hacerse o no hacerse, no trata sobre el modo como son las cosas, sino sobre cómo deben ser; está formada por enunciados normativos que, como tales, no son susceptibles de ser calificados como "verdaderos" o "falsos". Para no entrar en la cuestión de cuál sería el mejor criterio para valorarlos (¿justos? ¿Buenos?), o si sería preciso hacer uso de una lógica

deóntica para su tratamiento, simplemente se las llamará "correctos" o "incorrectos". (Iturralde, 1992)

Por otro lado, es evidente que no toda argumentación práctica es jurídica. En este sentido, no toda la argumentación práctica está regulada del mismo modo que la jurídica y, sobre todo, la conclusión de una argumentación jurídica (al menos su forma prototípica, que suele considerarse la de las decisiones judiciales) es vinculatoria.

Puesto que es el derecho una disciplina tan amplia y rica en matices, difícilmente podría tener exactamente el mismo modo de argumentar en todos los temas que le son propios. De acuerdo con (Atienza, 2003) existen al menos tres contextos jurídicos en los que se llevan a cabo argumentaciones. El primero es el de la "producción o establecimiento de normas jurídicas" (tanto en su fase prelegislativa, como en la legislativa, que es donde propiamente se manejan argumentos jurídicos, mientras que en la primera los argumentos, según Atienza, son más de tipo político y moral); un segundo contexto en que se realizan argumentos jurídicos es el de la "aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea ésta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos, en el más amplio sentido de la expresión, o simples particulares". El tercer ámbito en que se realizan argumentos jurídicos es el de la "dogmática jurídica", en la cual Atienza distingue tres funciones: "1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico".

A. Importancia de la argumentación

Cuando una solución se presenta como la única admisible por razones de buen sentido, de equidad o de interés general, por su peso argumental tiende a imponerse en el campo jurídico, aunque se necesite recurrir a una argumentación especial, para mostrar su conformidad con las normas legales. La solución se vuelve aceptable solo, cuando ella va acompañada de cierto consenso social y de una argumentación jurídica suficientemente sólida.

El derecho es visto como un instrumento flexible y capaz de adaptarse a valores que el juez considera como prioritarios, para la sociedad, ya que su papel es conciliar estos valores con las leyes y

las instituciones establecidas, de manera tal que con ello se ponga de manifiesto no sólo la legalidad, sino también el carácter razonable de sus decisiones. (Buenaga Ceballos, 2016).

Cuando se subraya la primacía de la ley, no solo se entiende que el juez solo está sometido a ella, sino que también se reconoce al poder legislativo la facultad única como creador de toda norma jurídica. Si se mantiene esta posición y no se distingue, entre normas generales y particulares, como diferenciara Kelsen, se observará que desde esta postura, el poder de interpretación del juez depende de la invocación a la voluntad del legislador, de la que nos hablara la escuela de la exégesis, como si esa voluntad continuara siendo la misma a pesar de la evolución técnica, moral o política que se hubiera producido en el transcurso del tiempo.

El juez no debe buscar la voluntad histórica del legislador que votó la ley, recurriendo a trabajos parlamentarios o los debatas que precedieron su votación; tiene que ir en búsqueda del legislador actual, para entender la norma según las circunstancias actuales que motivan su aplicación. Esto lleva a considerar que la acción de juzgar puede estar motivada en la idea de equidad; con la condición de que se pueda encontrar un fundamento jurídico satisfactorio. Pero para que llegué a una decisión que merece ser llamada equitativa ella debe responder a ambas circunstancias: ser oportuna y socialmente útil.

En un pleito judicial cada una de las partes expone sus motivos, fundados en la jurisprudencia más benigna o en planteos doctrinarios, con la intención de argumentar y favorecer su particular posición, con la intención de motivar en tal sentido la decisión del juez, y como resultado lograr su convencimiento. La solución jurisdiccional es producto de un proceso de análisis, en el que cada paso debe asumir el anterior y mejorarlo. Desde una perspectiva fenomenológica, se identifican cuatro regiones sentenciales, las que presentan una totalidad discursiva de entidad ontológica.

Tales regiones a considerar son: 1) hechos / derechos; 2) inserción sentencial; 3) argumentación y 4) justificación / motivación.

Respecto de los hechos se dice, que en todo expediente judicial, se encuentra una referencia a situación fácticas constituidas por la situación litigiosa y por la producción de aquella prueba que han realizado las partes en el proceso, que permiten demostrar

los hechos y sirven para dar un fundamente al derecho del que se pretende ser objeto (Amaya, 2011). Los hechos que van a tener entidad o valor para la sentencia serán sólo, aquellos que recibirán una inserción sentencial, al ser estimados como altamente importantes para fundamentar una resolución.

Este primer y segundo paso, pueden ser incluidos dentro de la llamada justificación interna, con relación al acto de sentenciar, en la medida que las pruebas, sobre los hechos y los derechos alegados, conforman un núcleo inescindible, que le permite al juzgador construir convicciones. Mientras que la justificación externa, está dirigida al auditorio, que define como aquellos a quienes el orador quiere influir para lograr su convencimiento, con la exposición de motivos.

Si bien puede perderse de vista el perfil antropológico del auditorio para pasar a ser un objeto teórico, en la medida que no solo teoriza sobre él, sino que además se transforma en aquello a lo que se dirigen nuestros actos de habla presentes o futuros. El auditorio juega un papel importante en el discurso en general, en la medida, que este debe ser adaptado según aspectos cualitativos y cuantitativos, ya que entran a jugar circunstancias que se pueden hacer valer en la misma argumentación. Específicamente el auditorio forense posee características particulares, porque se lo puede definir como universal en la medida que reconoce la atemporalidad de las sentencias y el juego argumental que propone; de tal forma que se deben ponderar las distintas líneas argumentales en función de la posibilidad de éxito o fracaso y de crítica o aceptación, que el orador tiene que imaginar al momento de la creación discursiva.

Dicha justificación externa está compuesta por la tercera región que se denomina argumentación que se estructura como una razonamiento silogístico de carácter práctico prudencial, que toma para su construcción modelos o paradigmas de conductas, socialmente valiosas (Amaya, 2011). Claro que esta región puede ser pasible de vicios como la equivocación, la mala disposición argumental o la incoherencia, que provocan la incomunicación, por imposibilidad de decodificar el discurso, de tal manera que suscita el rechazo por parte del auditorio.

La cuarta región se la denomina: motivación, que resulta ópticamente incognoscible, porque tiene que ver con lo subjetivo; sin embargo, el discurso nos permite descubrir sus contornos.

Los motivos se basan en tres elementos diferentes: ideológico (política o religiosa), axiológico (criterios valorativos, valores - antivalores), ambas pertenecientes en los objetos culturales; mientras que el tercer elemento es llamado idiosincrático y se refiere a concepciones, pasiones, sensaciones, deseos, ansiedades, temores y triunfos; que son parte de la opción que una persona toma y son característicos del ser humano.

Cada una de estas regiones fundamentan el acto voluntario de toma de decisiones en los que se puede privilegiar distintos aspectos como: 1. Adhesión voluntaria a principios generales de conducta. 2. Obediencia a determinadas prescripciones. 3. Reclamos exteriores o necesidades sociales (Buenaga Ceballos, 2016)

En definitiva, si alguien desconociera el motivo que guía su discurso o siquiera le importara, se encontraría ante una situación de ignorancia operacional, eminentemente peligrosa y totalmente injustificable si se la considera, en relación al discurso jurídico. (Ferrer Beltrán, 2015).

B. Necesidad de la argumentación

La labor de los abogados es ciertamente técnica, pues consiste en usar ciertos medios para alcanzar un resultado a partir de una situación inicial dada. Mientras que la de los jueces consiste en utilizar normas generales para justificar decisiones particulares y concretas.

Para mayor abundamiento se dice, que tanto los jueces como los abogados utilizan reglas técnicas explicitas dadas por el Derecho Procesal. Así los distintos operadores jurídicos recurren al derecho de fondo con la intención de argumentar jurídicamente, para instar la acción o en función de un requerimiento de la parte, como es propio en la actividad de los abogados, y que los jueces también deben realizar al momento de fundamentar sus decisiones.

Se reconoce que todo acto humano, sin excepción alguna, es susceptible de ser percibido desde la perspectiva del juez, del abogado o del jurista y valorado y juzgado como acto jurídicamente significativo.

De todo acto humano exterior, perceptible por los sentidos, se puede predicar que este constituye: a) El ejercicio de una potestad. b) El padecimiento de un deber jurídico. c) La violación de un deber

jurídico. d) El padecimiento de una sanción aplicada por un órgano jurisdiccional competente (Buenaga Ceballos, 2016).

Lo propio de la tarea del juez y del abogado en el fondo es la misma desde distintos prismas de la realidad, la que se encuentra caracterizada, por predicar la significación jurídica como potestad o prestación, o como entuerto o sanción. Para lo cual necesitan valorar desde aquellos valores vigentes en la comunidad, como así también, desde los valores vigentes en las normas jurídicas.

La experiencia jurídica comienza, para los jueces y abogados desde el contacto con las partes; no así para estas últimas, que se inicia en una etapa previa (ejemplo: desde la firma del contrato). Desde el conocimiento fáctico de la realidad, los jueces y abogados otorgan al hecho o acción significación jurídica, al valorar la conducta.

Sin embargo, esto no es todo; falta que el juez y el abogado le otorguen una significación normativa, a la situación descrita por las partes; lo que implica ahora, una selección normativa susceptible de ser aplicada al caso, para el que se deberá tener encuenta los aspectos relevantes del hecho jurídico.

De este modo la argumentación jurídica se examinó de manera detallada, como la justificación de una decisión del órgano jurisdiccional, que se presenta como una solución que se constituye como síntesis del proceso dialéctico que enlaza ambos aspectos – norma – conducta – por medio de la interpretación jurídica. En el cual la argumentación juega un papel destacado en esta instancia, porque actúa como la base del razonamiento que será utilizado en la toma de decisión, por parte del magistrado. Este movimiento de síntesis, comienza con una tarea de clarificación del lenguaje normativo y finaliza con la búsqueda de la corrección del sentido jurídico en la decisión judicial.

3. CONCLUSIONES

A modo de conclusión se remarca que explorar la razón jurídica implica traspasar el campo de la lógica tradicional, en busca de la razón vital e histórica o mejor dicho establecer una lógica de la acción, ya que la vida humana es el reino de la acción y la libertad. En este sentido, tanto la lógica formal como la lógica dialéctica, deben integrarse y complementarse frente a las necesidades del discurso jurídico, que

pretende ser razonable y alcanzar cierto grado de corrección. Así la elaboración de una conclusión o solución, implica la necesidad de reconocer, la validez de ciertas reglas lógicas, que serán necesarias a la hora de producir el razonamiento. Este es el motivo por el cual el silogismo dialéctico, se funda en la verosimilitud, ya que necesita de buenas razones que justifiquen las decisiones. Debiéndose destacar la doble función objetivante de la norma como parte del conocimiento jurídico, tanto lógico como axiológico. Que obliga a observar el lenguaje normativo, cuyo significado racionalmente inteligible permite categorizar las acciones humanas.

Es claro, no existe un concepto único de interpretación jurídica. Probablemente, la fuente de la riqueza del debate teórico que en torno suyo se ha desarrollado, resida precisamente en las ambigüedades del término. La interpretación jurídica se lleva a cabo por los actores que la realizan. Estos actores-intérpretes son seres humanos, por consiguiente, sujetos que realizan esa tarea o actividad. Y, por lo tanto manifiestan o expresan versiones subjetivas en esa labor de interpretación. La afirmación de que se puede realizar una labor objetiva, no es cierta. Lo que sí es cierto es que el sujeto puede hacer el intento orientado en el sentido de que sus creencias, estereotipos, ideologías, intereses, etc., pesen lo menos que pueda (autocontrol) al momento de verter su decisión, opinión o criterio en ese documento llamado dictamen, sentencia, informes, etc.

Argumentar es razonar nuestras proposiciones para sustentarlas válidamente sin criterios de arbitrariedad. No es necesario que un texto sea oscuro para interpretarlo, pues interpretar es dar significado a una formulación normativa. De igual manera, no se puede separar la interpretación de la argumentación pues una es el presupuesto de la otra. Como consecuencia. Los textos jurídicos contienen, en muchos casos, varias alternativas de interpretación; la elección de una de ellas no puede apoyarse en razones arbitrarias, por lo que para justificar la decisión el argumento es la clave. La justificación implica sustentar la opción interpretativa en una base argumentada coherente y aceptable en condiciones de racionalidad.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaya, A. (2011). Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial, *Diánoia*, vol. LVI, núm. 67. ISSN: 0185-2450. Universidad Nacional Autónoma de México. 135 - 142.

Atienza, M. (2003). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Baldi Cabanillas, R. R. (2005). La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: Coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, No. 1. 139 - 168.

Betti, E. (2015). *Teoría de la interpretación jurídica*. Santiago de Chile: LexisNexis Chile. 55 - 79.

Buenaga Ceballos, Ó. (2016). *Razonamiento y Agumentación Jurídica* (2): El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general de Alexy , Dykinson, S.L. 109 - 124.

Buenaga Cevallos, O. (2016). *Razonamiento y Argumentación jurídica* (1): La retórica jurídica de Perelman, Dykinson, S.L. 99-108.

Cabanellas de Torres, G. (2011). *Diccionario Jurídico Elemental*, Argentina: Ed. Heliasta. S.R.I.

Costa-de-Manzarredo, A. (2016). El fundamento jurídico para la creación de un sistema jurídico europeo en materia de Derecho contractual. *Revista de Derecho UNED*, No 19. 617 - 652.

Cristancho Altuzarra, J. G. (2005). Lógica de la razón sistémica, *Franciscanum Revista de las ciencias del espíritu*, No 139. 143 - 151.

Ferrajoli, L. (2001). *El Derecho como sistema de garantías*. En Derechos y garantías: la ley del más débil, Madrid: Ed. Trotta. 26.

Ferrer Beltrán, J. (2015). *Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales*. Universidad de los Andes. 57-76.

Galiano-Maritan, G., y González-Milián, D. (2012). *La integración del Derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho*, Universidad de La Sabana. 431-438.

Iturralde, V. (1992). Argumentación y razonamiento judicial, *University of the Basque Country* (UPV/EHU), Vol. 7, No. 16/18. 1049 - 1078.

Linde Paniagua, E. (2003). Sistema de Distribución de Competencias y Racionalización del Sistema Normativo, *Revista de Derecho de la Unión Europea*. 259 - 286.

López, F. (2008). Hacia un espacio europeo de aprendizaje para toda la vida. Evolución y desarrollo de la educación permanente en la Unión Europea, *Revista universitaria de pedagogía social,* No 15. 123 - 135.

Massini Correas, C. L. (2004). Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, No. 1. 155 - 168.

Moreno Cruz, R. (2012). Argumentación jurídica, por qué y para qué, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Vol. 45, No 133. Universidad Autónoma de México. 165 - 172.

Moreso, J. J. (2008). Dos concepciones de la interpretación jurídica, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* No 29. 7 - 14.

Pachón Alonso, L. A., Parada Sánchez, R. A. y Chaparro Cardozo, A. Z. (2016). El razonamiento como eje transversal en la construcción del pensamiento lógico, *Praxis & Saber,* Vol. 7, No. 14. 50 - 75.

Periñán-Pascual, C., y Mairal-Usón, R. (2011). The Coherent Methodology in FunGram KB, *Revista Onomázein*. 13 - 33.

Realir, R., Vargasir, J. y Flores, M. (s.f.). *ArquePoética*. Obtenido de Dianoética: http://arquepoetica.azc.uam.mx/escritos/dianoetica.html

Romero Tamayo, J. (2000). Algunas ideas sobre la Coherencia, *Nómadas,* No 2. 4 - 20.

Salinas, C. (2004). Plenitudo Legis Dilectio, *Teología y Vida*, Vol. 45, No 1. 157 - 167.

Solari Merlo, M. (2015). La racionalidad de la ciencia y (en la ciencia del) derecho, *Revista de Derecho UNED*. 1 - 4.

Ursúa, J. F. (2004). Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos, *Instituto Tecnológico Autónomo de México*. 17 - 35.

Vargas-Chaves, I. (2013). Elementos doctrinales para el estudio de la argumentación como eje del control judicial, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Vol. 16, No. 32. 235 - 246.

Recibido: 5/02/2017
Aprobado para publicación: 27/05/2017

Mabell Abigail Lagla Pillajo: Investigadora jurídica Cevallos & Noboa.

Correo electrónico: laglamabell@gmail.com

Racionalidad de las Decisiones Judiciales y Formulación de Argumentos en Litigio

Rationality of Judicial Decisions and Formulation of Arguments in the Litigation

Renato Mármol Álvarez
Investigador Jurídico, Vaca & Asociados

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 81-94, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El documento tiene como objetivo establecer parámetros básicos en la aplicación de la lógica en la formulación de argumentos jurídicos. A su vez, persigue describir los tipos de sofismas y falacias presentes en el razonamiento jurídico a partir de la incorporación de aportes del Análisis Económico del Derecho y la escuela de Crítica Legal.

PALABRAS CLAVE: Racionalidad, decisiones judiciales, argumentos, razonamiento jurídico, litigio.

ABSTRACT: The document aims to establish basic parameters in the application of logic in the formulation of legal arguments. In addition, it seeks to describe the types of fallacies present in legal reasoning based on the incorporation of contributions from the Economic Analysis of Law and the School of Legal Criticism.

KEY WORDS: Rationality, judicial decisions, arguments, legal reasoning, litigation

INTRODUCCIÓN

La Lógica Jurídica en la actualidad es considerada como un campo de dominio obligatorio para todo jurista o individuo que aspire a ejercer la profesión. La capacidad de razonar y entender el Derecho y sus dinámicas es la principal distinción existente entre abogados y profesionales de otras ramas.

La idea del jurista conocedor de absolutamente todas las leyes referentes a un determinado tema está cada día más lejos de la realidad, especialmente hoy que los ordenamientos jurídicos se caracterizan por intentar regular todos los aspectos posibles de la conducta humana. El abogado progresivamente ha dejado el rol de ser un mero agente jurídico y se ha orientado a ser un analista e intérprete de las disposiciones del poder legislativo. Esto, sin embargo, genera incertidumbre en la población y hace meritoria la pregunta: ¿En la actualidad el razonamiento aplicado por los juristas es el idóneo para solucionar los conflictos de la sociedad en la que ejerce sus funciones?

Los principios y fundamentos de la lógica aristotélica que se enseña con fervor en las facultades de jurisprudencia son en la actualidad la base del modo de pensar y actuar de la mayoría de los abogados y jueces. La normalización de estos principios, lamentablemente, trae consigo desventajas derivadas precisamente de la antigüedad de este sistema. Sin embargo, varios juristas aún la defienden; posiblemente movidos por sus propias costumbres y un sentimiento de nostalgia que les hace justificar la aplicación de un sistema arcaico con el argumento de que es una alternativa pragmática y adaptable. Sobre ello García Murillo y García Ramírez afirman: "La lógica y su aplicación a la ciencia jurídica da por resultado una liberación de rigidez que la hace adecuada para una nueva sociedad que se transforma insensatamente" (García Murillo & García Ramírez, 2011).

A pesar de que en la sociedad actual se evidencien con fuerza las falencias de la lógica jurídica clásica, es meritorio resaltar que el debate sobre la eficiencia y la legitimidad científica del razonamiento deductivo no es algo nuevo en el Derecho.

Los cambios estructurales en la sociedad, afianzados por los avances tecnológicos y los conflictos bélicos, se extendieron a las ciencias jurídicas y motivaron una serie de nuevas corrientes de pensamiento cuyo fin es actualizar la forma de hacer Derecho. Entre las principales corrientes jurídicas que surgieron como respuesta a la técnica jurídica clásica destacan el Análisis Económico del Derecho (AED) y los Estudios Críticos Legales (CLS), que surgieron en distintas etapas del siglo pasado con propuestas revolucionarias del concepto clásico de Derecho. La primera ofreció una visión pragmática y mercantilista de la práctica jurídica, buscando justificarla en preceptos econométricos, mientras que la segunda recriminó los abusos de poder de los juristas, a quienes instó a dejar atrás la visión elitista de los abogados.

Es en medio de esta discusión que surge el presente artículo, que de forma general tiene como objetivo establecer parámetros básicos en la aplicación de la lógica en la formulación de argumentos jurídicos, especialmente por parte de los jueces al dictar sentencia. A su vez, busca desmenuzar los principales tipos de sofismas y falacias presentes en el razonamiento jurídico, discutir parámetros de optimización de la argumentación judicial, y diferenciar de forma detallada los puntos claves de corrientes nuevas como el Análisis Económico del Derecho y los Estudios Críticos Legales con relación a la técnica jurídica clásica.

1. FALACIAS Y SOFISMAS EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Cuando se busca discutir sobre la validez de un argumento, es prácticamente imposible evitar que las falacias aparezcan en medio del debate. Desmenuzar los principales tipos de sofismas y falacias presentes en el razonamiento jurídico se convierte en una necesidad antes de poder debatir sobre la argumentación. Aunque estos términos son de difícil definición, parece existir un consenso al hablarse de falacias, haciéndose mención a argumentos que "violan las reglas lógico-formales, materiales o dialécticas de la argumentación clásica de forma sistematizada" (Cárdenas García, 2015).

En el Derecho, la aplicación de falacias y sofismas es recurrente y reiterada, especialmente en el litigio administrativo y penal donde las partes argumentan de forma que salgan favorecidas incluso cuando omiten estructuras lógicas en sus pretensiones. Bajo esa premisa, es posible reconocer y definir algunas de las falacias más populares y reconocidas en el campo jurídico. Entre ellas, la más común al momento de litigar es la falacia Ad Hominem, cuyo nombre fue acuñado por vez primera en el siglo XVII por el célebre filósofo John Locke, y que es descrita actualmente como: "aquella que se produce cuando el peso de un argumento no intenta refutar al argumento mismo, sino a la credibilidad del oponente, bien, tratando de eliminar sus puntos de vista, o presentándolo como alguien poco inteligente, confiable, inconsecuente, sesgado, etc." (Gutiérrez Cham, 2007: 70)

Esta falacia, de forma simplificada, es como se denomina a un argumento que no responde al problema planteado y, en su lugar, busca desprestigiar y desmeritar a la contraparte en el debate. En el Derecho es bastante común y forma parte incluso de la estrategia de varios abogados litigantes, tanto en el área civil como penal. También se manifiesta

en los debates en el área legislativa, por motivaciones políticas. El litigio y el debate, como ejercicios realizados en tiempo real con poco tiempo de reacción, permite que este tipo de argumentos pasen como válidos y den una ventaja potencial e injusta a un argumento sobre otro.

La siguiente falacia más común en el campo judicial es la denominada Petición de Principio, muy recurrente en las decisiones judiciales: "Un argumento comete una petición de principio cuando su conclusión está incluida en sus premisas" (Vilaró, 2010). De la misma forma que la Falacia ad Hominem, la Petición de Principio puede pasar desapercibida por las partes en medio del litigio oral. Un juez con poco conocimiento de doctrina o de lógica es capaz de admitir y utilizar una premisa para justificar la misma idea planteada de forma distinta.

Este tipo de razonamiento genera graves contradicciones, y es capaz de hacer desviar al juez de hacer cumplir la finalidad última del Derecho, que es la Justicia.

Las falacias Ad Hominem y la Petición de Principio, aunque son las que más se pueden apreciar como parte de la técnica jurídica actual, no son las únicas. Un argumento demasiado ambiguo, cosa extremadamente normal al momento de formular pretensiones en el campo del Derecho, es a su vez un argumento falaz. De la misma forma, según Reñon, 2010, argumentos político y jurídico caen en otras falacias comunes y apelan al poder de quien formuló la idea *(Ad Verecundiam)*, a los sentimientos y la piedad del juez *(Ad Misericordiam),* a la normalidad de un acto entre la gente de un colectivo más allá de que sea correcto o no *(Ad Populum)* o incluso a la fuerza sin admitir ningún tipo de negociación *(Ad Baculum).*

Lamentablemente, los juristas que aplican con cotidianidad este tipo de argumentos abundan en todas las áreas del Derecho y son ellos precisamente los que dan mala reputación a las ciencias jurídicas en la sociedad. La aplicación de este tipo de prácticas engañosas pervierte la finalidad del Derecho y convierte el ejercicio jurídico en una herramienta de poder que favorece a aquellos que no tienen reparos morales para evitar la utilización de este tipo de argumentos para ganar un caso.

Sin embargo, la argumentación mantiene otros varios problemas. Los sofismas, por ejemplo, destruyen los sistemas lógicos clásicos y pervierten el ejercicio de debate. Estos argumentos, generalmente falsos, se basan en la dialéctica y toman como objetivo justificar ideas

falaces. Los sofismas buscan inducir al oponente al error mediante provocaciones y el hacer que en el debate se tome como real un argumento que no está comprobado. Estos se remontan hasta la época de Platón y Aristóteles, y fueron aplicados por pseudo-filósofos para convencer a la gente de su superioridad.

La aplicación de los sofismas en el litigio es capaz de dañar a una de las partes al punto de hacerle perder un caso, y si es usada por un juez para la resolución de un conflicto podría ir esa sentencia o auto resolutorio en contra de la solución lógica del caso. Las consecuencias empeoran si llegara a pensarse en el juez como un actor más, con una ideología determinada e intereses y no como un árbitro imparcial como idealmente debería ser. Bajo condiciones ideales, el juez actuaría de forma neutral y resolvería únicamente teniendo como base los distintos argumentos planteados durante el proceso. Esta probidad, lamentablemente, es cada vez menos normal: los jueces en ocasiones actúan bajo su propio beneficio, y el uso de falacias permite justificar de una forma u otra las decisiones que toman. En vez de resolver el caso sobre la base de una motivación sustentada en pruebas y elementos de hecho y de derecho, el juez construye la motivación sobre la base de una resolución que ya tomó incluso antes de escuchar a las partes. Aún cuando estas posibles soluciones podrían ser aparentemente injustificables, las falacias y los sofismas son capaces de realizarlo y pasar inadvertidas para las partes si estas no tienen a su vez conocimiento de su importancia. Es así como se burla la seguridad jurídica de las partes y se destruye la idea del Derecho como un sistema íntegro que busca el bien común de los miembros de la sociedad.

Es bajo estos parámetros que se pueden definir las falacias y los sofismas. Resulta más que obvio el hecho de que el razonamiento jurídico debe librarse de estos elementos. Sin embargo, es también necesario brindar alternativas al juez para fundamentar sus decisiones. La libertad de formular soluciones a problemas de carácter jurídico únicamente con lo que dice la norma y su propia interpretación es excesiva y causante varios de los problemas que tiene el Derecho hoy en día. Es precisamente motivado en esto que se desarrollan nuevas corrientes jurídicas que buscan modernizar las técnicas de hacer Derecho.

2. MODERNIZACIÓN DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y LA BÚSQUEDA DE JUSTICIA

Discutir parámetros de optimización de la argumentación judicial no solo se ha vuelto una parte de la agenda jurídica, sino una prioridad en todo sentido. Los elementos expuestos anteriormente como deficiencias del razonamiento no son nuevos para el Derecho.

Los sofismas y las falacias han sido aplicadas en las decisiones judiciales por siglos como herramientas de los jueces para fallar de forma arbitraria. Como consecuencia, varias olas de nuevas corrientes y pensadores critican la forma de hacer Derecho en todo el mundo, y el ejemplo máximo puede ser la Corriente de los Estudios Críticos Legales al establecer que "el sistema que se enseña a los estudiantes de Derecho es aberrante, absurdo y está politizado por el entorno sociocultural y económico que los rodea" (Kennedy, 2004:34). Esta crítica demuestra el descontento general de los mismos juristas con la forma en la que se maneja el entorno de los profesionales del Derecho en la actualidad. Las ciencias jurídicas son acusadas de ya no responder al fin de la justicia y el bien común.

Es a partir de este descontento que se extienden varias de las críticas que se contraponen a la técnica jurídica que se aplica en la actualidad. Entre las más relevantes se puede identificar la ya mencionada deficiencia de fundamentación científica en la toma de decisiones judiciales.

El uso de falacias genera rechazo en la comunidad jurídica y es considerada un verdadero retroceso en las sociedades donde se aplica el Derecho anglosajón. En este contexto, uno de los mayores problemas encontrados es que "Los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para crear otros conceptos" (González & Lean, 2009). Al ser una ciencia que creó su propio lenguaje y que trabaja de forma independiente al esto de las Ciencias Sociales, el Derecho es propenso a que sus argumentos se vuelvan circulares y caigan especialmente en la ya mencionada falacia de Petición de Principio. Esta falla surge de las normas definitorias que tanto abundan en nuestro ordenamiento jurídico. Al desarrollarse un lenguaje jurídico basado en términos definidos por el mismo lenguaje jurídico, todo razonamiento que se realice en este lenguaje se justificará en un sistema eminentemente circular. Esto limitaría a la lógica jurídica dentro del sistema autoreferente del Derecho y eliminaría toda posibilidad de

ver al razonamiento jurídico en general más allá de una disciplina intrínseca de la educación legal.

Esto es explicado de mejor manera cuando se plantea como el mayor problema de la actual forma de hacer Derecho en el mundo su incapacidad de relacionarse con otras ramas del conocimiento. Es así como se describe:

"La mayor dificultad cuando se busca generar trabajos interdisciplinarios entre las ciencias sociales y jurídicas es precisamente sobreponer los problemas epistemológicos surgidos del metalenguaje del Derecho, la inconmensurabilidad de paradigmas entre los distintos tipos de ciencias y los sistemas cerrados autopoiéticos de la jurisprudencia." (Salas, 2006)

El enfoque clásico y defensor de los principios Aristotélicos en la Lógica Jurídica también es partidaria de la idea del Derecho como un sistema cerrado. La visión clásica positivista niega la posibilidad de que las Ciencias Jurídicas trabajen con otras ciencias hermanas como son las Ciencias Políticas, la Sociología, la Antropología, la Historia o incluso la Economía. Esta postura arcaica es la que ha puesto en duda el mismo término de "Ciencias Jurídicas"; al momento de cerrar a las ciencias jurídicas de su relación con otras ciencias, se elimina simultáneamente toda posibilidad de que la Lógica Jurídica pueda ser considerada una ciencia de forma autónoma; y contradice la visión clásica que considera a la Lógica Jurídica científicamente fundamentada. Si hay manera de calificar a la lógica jurídica, sería como la lógica de lo justo. Es una lógica volcada a su finalidad de encontrar una conclusión o solución justa a un problema planteado. Lamentablemente, estos pensadores parecen no tomar en cuenta que si la Lógica Jurídica es aquella que rige los presupuestos de lo que es justo y lo que no, es necesario permitir que la misma evolucione y se compatibilice con la sociedad actual.

Por su parte, el trabajo conjunto de las Ciencias Jurídicas con otras ciencias y disciplinas es uno de los objetivos que tienen los nuevos doctrinarios y filósofos en sus nuevas corrientes. Más aún cuando el Derecho no responde únicamente a la idea de los mecanismos de resolución judicial.

La lógica jurídica y el Derecho necesitan una reconstrucción transversal y un análisis desde sus mismos ejes, que debe partir de la misma idea de la Justicia como fin deontológico de las Ciencias Jurídicas

en general. Precisamente, estos razonamientos circulares y sobrenaturales dan paso a un abuso de la ley y a la posibilidad de que el poder judicial pueda fallar de forma arbitraria y beneficiar a una de las partes según la conveniencia de quien juzga. El juez se convierte en cierta forma en una suerte de ser omnipotente capaz de administrar justicia e interpretar la ley de la forma que él crea conveniente sin necesidad de responder ante nadie.

Así, por ejemplo, antes de describir al Análisis Económico del Derecho o a los Estudios Críticos Legales, es necesario profundizar la motivación de encontrar nuevas formas de hacer Derecho. Varios de los partidarios y catedráticos en extremo afines a la técnica convencional insisten en que no debería cambiarse, e incluso buscan salidas intermedias como una reforma o una reestructuración. “La lógica jurídica tiene un papel primordial en las ciencias jurídicas y sociales, y es necesario difundir sus contenidos a los jueces, los abogados litigantes, profesionales del derecho en general y estudiantes, para que los apliquen” (Rosales Gramajo, 2010).

Las posturas de los adeptos a esta forma de hacer Derecho también responden a la interrogante que surge sobre su validez científica, así como al debate sobre su relevancia entre jueces y juristas en general. Según esta visión, la Lógica Jurídica se puede describir como una ciencia dedicada al estudio de la metodología que estructura la unión de elementos en la formulación de un argumento jurídico. Este intento de dar una fundamentación científica busca legitimarla como el mecanismo más idóneo para el análisis del Derecho.

A pesar de este tipo de admiradores y seguidores, la Lógica Jurídica pierde veracidad cada día y en algún punto quedará obsoleta de no adaptarse a la realidad.

En primera instancia, se debe buscar fundamentar el raciocinio y la argumentación jurídica en principios verdaderamente científicos; aspectos que deben mencionarse antes de dialogar sobre los mecanismos de modernización de la lógica jurídica y el Derecho en forma general, tales como su fin último: la justicia. Los conceptos de “justicia” han cambiado con los años, y sus cambios son a su vez generadores de cambios en el mismo Derecho. Resulta meritorio revisar de forma breve las definiciones de “justicia” con las que se ha trabajado a lo largo de la historia para que haya un mejor entendimiento de las nuevas formas de hacer Derecho que se buscará describir.

Inicialmente, la Justicia partió de una visión moralista que planteó preceptos religiosos en normas ambiguas que oscilaban entre un carácter jurídico y uno divino. El iusnaturalismo entero partió de que la idea de la justicia nacía en la diferencia entre lo que es bueno y lo que es malo; tuvo sus leves modificaciones y cambios a través de la historia y desembocó en las teorías tanto aplicadas en la Roma antigua como en la Edad Media con la Escuela Escolástica. Esta se define como un sistema que "desciende desde los principios más abstractos a las conclusiones que se desprenden de ellos y que tienen una validez condicionada por la materia social mutable en la cual pretenden regir" (Pérez, 1966:594); lo cual cambia en la Edad Moderna con la Revolución Industrial y el nacimiento de las ideas de izquierda. Mientras muchos pensadores socialistas hablan sobre conceptos como la justicia social o la justicia de clases, es preciso señalar que el presupuesto de Marx versaba sobre que "una sociedad comunista plenamente desarrollada parece situarse "más allá de la justicia"". (Guiñazú, 2001:150)

Así, Marx puede que jamás haya trabajado en demasía sobre el concepto de Justicia, pero se sabe que él consideraba al Derecho como una herramienta de dominación a favor de las clases dominantes para subyugar y oprimir a las clases débiles, como es el proletariado; la sociedad comunista en contraste a la capitalista sería una sociedad armoniosa donde no haría falta de regulaciones legales al haber justicia y recursos para todos.

Las nuevas corrientes Marxistas denominadas de forma general como corrientes de Marxismo analítico o Marxismo crítico buscan definir estos conceptos y trabajar más en nuestra realidad de lo que hizo el autor de "El Capital".

Por lo expuesto, se hace meritorio un análisis introspectivo de las ciencias jurídicas en general y de la lógica jurídica de forma específica. El marxismo crítico planteado por Kennedy o el Análisis Económico del Derecho surgen en el siglo XX y continúan su evolución en la primera década del siglo XXI como mecanismos para definir parámetros mínimos a seguir por parte de todo funcionario al tomar una decisión de carácter judicial. Estos parten de conceptos de Justicia modernos y de Derecho pragmáticos, por lo que buscan afianzar el bien común de la sociedad como su interés máximo. La influencia de autores como John Rawls o Amartya Sen es clara y permite entender de mejor manera la forma de trabajar de los distintos integrantes de la sociedad.

3. CORRIENTES NUEVAS DE PENSAMIENTO COMO CONTRAPOSICIÓN A LA LÓGICA CLÁSICA

Diferenciar de forma puntual los puntos clave del Análisis Económico del Derecho con la técnica jurídica clásica no es tarea fácil. El Análisis Económico del Derecho (AED) es una corriente que plantea que los abogados estudien las leyes de la misma forma que los economistas estudian al mercado. "El análisis económico del derecho dota y fundamenta a la estructura jurídica para que la eficacia y la eficiencia sean propias del marco que reviste la creación de las leyes" (Gutiérrez O., 2012). La eficiencia de una ley puede ser analizada mediante una revisión de los casos donde ha sido aplicada y las veces que ha sido aplicada. Todo esto hace más fácil el trabajo del juez al permitir que se conjuguen preceptos estadísticos con su propia motivación al dictar sentencia. Incluso en caso de que decida antes de motivar, encontrará sustento en las ciencias exactas para fundamentar su decisión y no en falacias como la Petición de Principio o la falacia Ad Hominem. Esto permite que haya una mayor seguridad jurídica entre las partes y que las resoluciones tengan una mayor validez científica.

Los sistemas expuestos son revolucionarios puesto que erradicarían falacias mientras permiten lo que plantea Di Chiazza, ado por Lionetti, cuando establece que sería la meta del Derecho "buscar -por medio de la interpretación jurídica- el máximo beneficio posible en el marco de las circunstancias del caso, para el mayor número posible de sujetos comprometidos en dicho caso, a los menores costos posibles" (Lionetti de Zorzi, 2006).

El plantear de esta manera el principio de la eficiencia podría ser revolucionario de ser implementado correctamente en las ciencias jurídicas. Esto partiría de una modificación de la forma clásica de verlo: "Eficiencia es entendida como la capacidad de la regla formal para permitir la transferencia de derechos (bienes y servicios) a sus usos más valiosos." (C. North, 1990)

Esto a su vez sería un gran avance al permitir una mejora a la sociedad, al hacer más eficiente funciones del Estado como la Legislativa y la Judicial. Esto permitiría cumplir uno de los retos que tienen los países en vías de desarrollo, que consiste en implementar "procesos de reforma y modernización al Estado, con énfasis en la dimensión económica y administrativa" (Toro Quintana, 2010)

No es misterio, ya que es necesario reformar la visión de la Lógica Jurídica y revestirla con aplicaciones prácticas. "Incluso cuando sea necesaria la formulación de silogismos y trabajos lógicos, no puede ni debe ser la herramienta principal de los jueces y operadores jurídicos, especialmente cuando hay alternativas nuevas capaces de evitar el uso de sofismas y falacias en el razonamiento jurídico" (Mac Lean, 2013). El Análisis Económico del Derecho se presenta ante el foro de juristas como una respuesta a los problemas de la lógica clásica, puesto que el juez deja de actuar en base a su propio razonamiento y empieza a basarse en presupuestos y cifras estadísticas.

El Derecho se caracteriza por estar un paso por detrás de la realidad. Lamentablemente, los cambios que sufrió el mundo en el último siglo fueron tan radicales que las formas de hacer derecho quedaron obsoletas. Los avances se dan de forma tan veloz que es necesario utilizar alternativas nuevas y suplirse de otras ciencias para alcanzar validez científica.

4. CONCLUSIONES

Como palabras finales, es meritorio resaltar la importancia de este debate. Las técnicas jurídicas actuales permiten el uso de falacias y los sofismas en el Derecho. Las falacias están tan institucionalizadas en el trabajo de los juristas que muchos parecen aceptarlos y defenderlos como parte de las ciencias jurídicas. Estas generan daños irreparables en los sistemas jurídicos actuales y son causa de críticas, mala reputación y tergiversación de la finalidad de los abogados en la sociedad. Indudablemente, la sociedad actual no puede ser regulada y enfocada con el mismo lente que juzgó a las personas antes de la Revolución Informática y el inicio de la Era del Conocimiento. Las nuevas corrientes de pensamiento jurídico son, así, una alternativa viable para dar un motivo científico a la forma de actuar y pensar de los jueces en la actualidad.

Es necesario reconocer nuevas alternativas como motor de las decisiones de los jueces. La lógica jurídica requiere una reforma desde sus cimientos y resulta inaceptable que se apliquen principios que permitan la tergiversación de argumentos por parte de los abogados. Las falacias parecen ser parte normal de los procesos de litigio y resultan a su vez en extremo comunes cuando los jueces deciden resolver sobre un tema donde tienen intereses. Visiones como la propuesta por el Análisis Económico del Derecho y la visión estructural del principal

y el agente permiten un análisis de los casos basado en presupuestos y estadísticas, que mejoran significativamente la forma de resolver un caso y garantizan que tengan un resorte inminentemente científico.

En medio de este caos, el Análisis Económico del Derecho o los Estudios Críticos Legales son alternativas viables para la modernización del Derecho. Las Ciencias Jurídicas no pueden dejar de evolucionar y se requiere un trabajo constante para evitar quedar obsoletos frente a este mundo tan cambiante.

A su vez, es necesario analizar los problemas epistemológicos de la inconmensurabilidad de paradigmas que impiden el trabajo conjunto del Derecho con otras Ciencias y ramas del conocimiento. Las ciencias sociales como la Filosofía, la Sociología, la Historia o la Antropología pueden jugar un papel esencial en el campo de las fuentes del Derecho, el análisis de la doctrina clásica e incluso en la motivación de las decisiones judiciales. Similarmente, la Economía puede ayudar al Derecho a convertirse en un eje viable en nuestra sociedad, pues permitiría que se adapte a una nueva forma de gobernar donde las ciencias políticas, jurídicas y económicas parecen cada vez estar más entrelazadas.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

C. North, D. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (1ra ed.). St Louis: Washington University.

Cárdenas García, J. (2015). *Los argumentos jurídicos y las falacias. En Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas* (1ra ed. 153-201). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

García Murillo, J. G. y García Ramírez, V. (2011). *Lógica Jurídica. De Jure.* Universidad de Colima, No 6. 131-162.

González, A. B. y Lean, A. C. M. (2009). La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía? Academia: *Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, Vol. 7, No 13. 21-47.

Guiñazú, M. C. (2001). *Marxismo analítico y justicia: ¿más allá de Rawls? En Teoría y filosofía política: la tradición clásica y las nuevas fronteras* (1ra ed. 150-158). Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Gutiérrez Cham, G. (2007). Falacia ad hominem en dos periódicos religiosos del siglo XIX en Guadalajara. Una perspectiva pragma-dialéctica. Escritos. *Revista del Centro de Ciencias del Lenguaje*. 35-36. 61-83.

Gutiérrez O., J. A. (2012). Análisis económico del derecho y del derecho económico bajo revisión empresarial. *Opinión Jurídica,* Vol. 11, No 21. 117-134.

Kennedy, D. (2004). La educación legal como preparación para la jerarquía. Academia: *Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires,* Vol. 2, No 3. 117-147.

Lionetti de Zorzi, J. P. (2006). Razonamiento jurídico y toma de decisión. Breves notas acerca de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial. Universitas. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, No 3. 3-22.

Mac Lean, A. C. (2013). Destrezas legales para la realidad del derecho en el Perú. *Sinergia e Innovación, Vol. 1*, No 1. 118-135.

Pérez, L. A. (1966). La filosofía jurídica en la patrística y en la escolástica. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 1, No 63. 591-612.

Reñón, L. V. (2010). Archivo histórico de textos, I: Falacias. *Revista iberoamericana de argumentación*, No 1. 142-182.

Rosales Gramajo, F. J. (2010). *Lógica Jurídica: Instrumento indispensable para el juez y el abogado litigante* (1ra ed.). Guatemala: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Rafael Landívar.

Salas, M. E. (2006). Interdisciplinariedad de las ciencias sociales y jurídicas: ¿impostura intelectual o aspiración científica? *Revista de ciencias sociales*, No 113. 55-69.

Toro Quintana, G. (2010). *La modernización del Estado*. En Teoría Política y Gestión Pública (1ra ed. 15-34). Santiago de Chile: KAS, Konrad Aduaneur Stiftung.

Vilaró, I. (2010). Una definición pragmática de la falacia de petición de principio. *Areté, Vol. 2*, No 1. 107-127.

Recibido: 8/01/2017
Aprobado para publicación: 27/05/2017

Renato Mármol Álvarez: Investigador jurídico Vaca & Asociados.

Correo electrónico: rmarmol876@puce.edu.ec

El Paradigma Patriarcal y el COIP: Una Búsqueda de Deconstrucción

The Patriarchal Paradigm and the COIP: A Search for Deconstruction

Dr. Édison Fabricio Guarango Mariño
Investigador Jurídico, Dirección Jurídica CES

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 95-110. ISSN 2588-0837

RESUMEN: El modelo patriarcal ha hundido sus bases en las formas más abstractas del saber humano, es así que su proyección ha alcanzado formas avanzadas de dominación, que se han extendido a fenómenos sociales y jurídicos; el derecho penal no ha sido la excepción. Mediante un método dialéctico-deductivo, intentaremos encontrar las premisas básicas de actuación que nos revelen las bases de aplicación normativo-sustancial del Código Orgánico Integral Penal. Una visión interdisciplinaria, con aplicaciones transversales de sociología y filosofía, nos mostrarán la necesidad de una deconstrucción macro, a nivel socio-jurídico. Mediante el análisis de género, demostraremos la alarmante deficiencia con que el nuevo COIP se maneja en aspectos tan delicados como es la definición aplicativa de la violación.

PALABRAS CLAVE: Paradigma, Patriarcalismo, Dialéctica, Violación, instituciones.

ABSTRACT: The patriarchal pattern is based upon the most abstract forms of human knowledge. In this way its projection has achieved advanced forms of dominance, which have extended to the social and legal areas. Criminal law has not been the exception. Through a dialectical deductive method, we will try to find the basic objectives that show us the COIP's normative-substantial application bases. An interdisciplinary vision with transversal applications of sociology and philosophy will show us the necessity for a macro deconstruction, at a social and legal level. Through gender analysis, we will demonstrate the startling shortcomings with which the new COIP is handled in such delicate aspects as the applicative definition of rape.

KEYWORDS: Paradigma (paradigm), Patriarcalismo (patriarchy), Dialéctica (dialectic), Violación (rape), institutions.

INTRODUCCIÓN

La mujer individual es socialmente un ejemplo de la especie, exponente de su sexo, y, así, enteramente dominada por la lógica masculina, representa a la naturaleza, sustrato de incesante subsunción de la idea, de interminable sometimiento en la realidad.

Theodor Adorno- Max Horkheimer (1998, 156)

La alarmante evolución del patriarcalismo en la historia de la humanidad, ha hecho necesaria una formulación teórica de deconstrucción del modelo. La reciente toma de un nuevo Código Penal, ha hecho que tomemos una postura analítica-crítica, desde la perspectiva de género, de la evolución de dicho paradigma. La mujer, como punto central del análisis jurídico-social del fenómeno de subordinación, toma protagonismo en este estudio que busca encontrar las premisas básicas de la lógica social. La necesidad de postular una máxima filosófica hace que iniciemos con afirmaciones abstractas, que culminarán en aplicaciones en concreto desde el ámbito jurídico. Los mencionados postulados abstractos explicarán la evolución de este paradigma [24] dentro del Derecho y del Derecho Penal en general [25], para llevarnos al ámbito de la normativa del COIP (2014) –exclusivamente en su aspecto sustantivo–. Debido a que este trabajo está elaborado dialécticamente, no hemos obviado rasgar interdisciplinariamente la temática, es pues necesaria una continua transversalidad con el fenómeno social y la necesidad de aplicación del análisis fenoménico-legal propuesto por Alda Facio (2009), junto con una propuesta deconstructiva. Esperamos que las máximas teóricas que se expondrán sirvan de fundamento para un análisis trascendental, no solo del fenómeno jurídico-penal, sino del fenómeno social en general.

---

24 Gracias a la abstracción con la que se maneja a esta premisa es que este análisis no se condiciona a un estadio céntrico de una materia en específico, sino que esta puede trasladarse a cualquier rama del saber.

25 Puesto que este no pretende ser un estudio abarcador de todas las implicaciones sociales alrededor del derecho en general y del derecho penal, tomaremos únicamente las bases teóricas básicas para fundamentar nuestra posición.

El conocimiento fue fundado, desde los inicios de la humanidad, como una herramienta de justificación del accionar humano, así la razón no pudo comprender –desde los inicios de su consciencia– aquello que no pudo ser justificado para alcanzar un fin en específico. El proceso de adaptación de la naturaleza a los fines de la razón concluyó en la subjetivación de la misma naturaleza; a decir de Adorno y Horkhemier (1998): "entre el objeto real y el dato indudable de los sentidos, entre lo interno y lo externo, hay un abismo que el sujeto debe llenar a propio riesgo" (232). El problema de dicha adaptación surge cuando esta se subsume a la valoración que solo una parte de la razón (el hombre) le da a todo el mundo que lo rodea, al dejar incluso subjetivada a su otra parte (la mujer) y excluyéndola, por tanto, del proceso de dominación de la naturaleza. "El pensamiento objetivamente implica, como el pensamiento enfermo, la arbitrariedad de un fin subjetivo ajeno a la cosa, olvida ésta y le inflige desde entonces la violencia que más tarde deberá padecer en la práctica". (Adorno, Horkheimer. 1998, 236). Toda la realidad y su representación –o subjetivación– fue creada al tomar en cuenta solo un polo de análisis: lo masculino.

Las mismas facultades del conocimiento dieron forma al razonamiento apriorístico –en palabras de Kant (2005)– y la misma razón moldeó la forma en que las ideas construyeron la realidad [26]. Así, a partir del conocimiento ideado, surgió la materialización de las ideas de la construcción –en inicio– de lo que llamamos la realidad, por medio de la exclusión de lo femenino. Con lo anterior mencionado, queda armada nuestra tesis central: la razón tomó de la naturaleza lo que ella misma buscó para su comprensión, y esta ha construido una realidad en base a un eje fundamental de análisis: el hombre. La historia de la humanidad ha girado en torno a la elaboración de un pensamiento –en inicio– conforme a los saberes centrados únicamente en lo que el hombre ha producido para su beneficio, para –finalmente– interpretar la realidad al excluir toda forma ajena a su misma comprensión. Tal vez, y al hacer hincapié en lo analizado anteriormente, la exclusión del género femenino comenzó al ser modelada bajo el paradigma biológico y terminó al construir todo un modelo –al tomar como eje fundamental a la razón– en base a la dominación masculina por sobre la femenina.

26 Comenzaremos, pues, al dar una explicación filosófica de la concepción racional del saber. Para de esta forma entender por qué la lógica racional ha buscado construir un paradigma masculino-céntrico.

1. PARADIGMA PATRIARCAL DEL PENSAMIENTO

Centrándonos ahora en la materia de nuestro análisis, podemos afirmar que la sociedad ha construido un paradigma por el cual ella misma ha adaptado sus expectativas y proyectos para la elaboración de un marco de acción conforme a lo masculino. Es menester, pues, mencionar a Thomas Kuhn (1971), quien –en su análisis científico de la evolución física de los paradigmas– construyó una teoría basada en la formación de los modelos de pensamiento (p. 87). Gracias a sus postulados teóricos podemos –y para fines de nuestro estudio– adaptar su enseñanza para afirmar que: la cultura, la sociedad, el derecho y la realidad ha sido construida e interpretada, durante toda la historia, por un solo modelo de pensamiento, el paradigma patriarcal de pensamiento.

Podemos resumir lo anteriormente postulado, al atender a lo mencionado por Adorno y Horkheimer (1998): "La belleza del cuello y la redondez de las caderas actuaron sobre la sexualidad no como hechos históricos, naturales, sino como imágenes en las que se encierra toda experiencia social; y en esta experiencia vive la intención hacia aquello que es distinto a la naturaleza". (p. 153). Así podemos arriesgarnos a decir que "la mujer se ha convertido en la sociedad (...) en imagen enigmática de irresistibilidad e impotencia". (Adorno. 1998, 122)

Creemos que con esa reflexión podemos entender lo que pensadores feministas como Isabel Cristina Jaramillo (2009) o Alda Facio (2009) han pregonado con sus escritos. La sociedad [27] ha tratado, al elaborar una realidad céntrica, de excluir todo elemento ajeno a lo masculino, al crear así un círculo vicioso de invisibilización de lo femenino. Es verdad, y al hablar de una manera más historicista, los movimientos invisibles (feministas) han intentado cambiar la forma en cómo ha sido interpretada la concepción de lo femenino, sin embargo, solo han logrado apenas rasgar la superficie de la superestructura [28]; es decir,

27 Desde este momento, y al hablar exclusivamente de sociedad, nuestro propósito es elaborar una base teórica uniforme con la cual poder interpretar cada cultura. Es por ello la necesidad de obviar cualquier crítica dirigida a tildar de generalización a la palabra "sociedad".

28 Trataremos de utilizar éste término (materialismo-dialéctico-histórico de Hegel y Marx (2013)) para explicar aquello que es materia para la supresión de la desigualdad ontológica entre lo masculino y femenino. Para ello la superestructura será vista, no desde el punto económico-céntrico aplicado por el marxismo, sino desde una perspectiva más sociológica.

la sustancia ontológica femenina ha seguido al ser completamente omitida. El problema radica precisamente en que esas luchas –en inicio– trataron de modelar dentro del paradigma patriarcal las bases fundamentales de su actuar, al pregonar para la protección del género femenino, lo que generó que el mismo paradigma trate de adaptar los aparentes cambios únicamente para beneficio del modelo patriarcal.

Tal y como afirma Isabel Cristina Jaramillo (2009) y Eugenio Raúl Zaffaroni (2009), mientras el paradigma patriarcal modele a la realidad, toda medida, independientemente del carácter con que esta se manifieste –jurídica, social, política– generará discriminación y exclusión a lo femenino, incluso si esta medida fue creada para un 'mejoramiento' de las condiciones de vida de las mujeres [29]. Dentro de este modelo patriarcal, las medidas superfluas que buscan la igualdad entre los dos sexos –en palabras de Joan Williams (2009) – carecerán, por tanto, de la fuerza deconstructora suficiente para trasformar completamente las instituciones sociales (p. 56).

Al pasar, ahora, a un análisis más jurídico, podemos afirmar, categóricamente, que el Derecho efectivamente labora absolutamente bajo la lógica de este paradigma patriarcal. Para fundamentar nuestra afirmación tomaremos dos tesis fundamentales elaboradas por Isabel Cristina Jaramillo (2009):

En primer lugar, se ha señalado que el derecho, como producto de sociedades patriarcales, ha sido construido desde el punto de vista masculino y por eso refleja y protege los valores y atiende a sus necesidades e intereses. En segundo lugar, se ha mostrado que incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres (p. 225).

Podemos acotar –en base a lo anterior mencionado– con la afirmación de Francis Olsen (2009), acerca de la existencia de un dualismo social (hombre-mujer), que el dualismo no necesariamente trabajaría bajo la lógica de la existencia de una oposición de hombre-mujer sino más bien de una invisibilización del segundo por el

29 Estas medidas pueden ser llamadas, para efectos de nuestro exclusivo trabajo, medidas superfluas.

primero, al crear así las condiciones necesarias para hacer válida nuestra tesis al inicio mencionada (p. 125).

2. CRÍTICA JURÍDICO PENAL

Aclarados los puntos centrales de análisis sociológico-jurídico, podemos entrar de lleno a la crítica jurídico-penal, materia de nuestro ensayo. Al tomar la crítica feminista del derecho penal de Eugenio Raúl Zaffaroni (2009), se pueden extraer varios postulados acerca de la lógica del Derecho Penal a nivel histórico. El Derecho Penal ha obrado exclusivamente para los intereses patriarcales desde su fase primitiva, así el poder punitivo ha sido utilizado para defender realmente las prerrogativas masculinas, al excluir, y, por tanto, al discriminar todo discurso que atente contra su supremacía. Zaffaroni (2009) parte de una tesis bastante interesante: el único discurso capaz de penetrar en todas las esferas sociales es el feminismo, por ende, el único capaz de moldear al mismo Derecho Penal. Sin embargo, es evidente que el discurso feminista, no amparado en la deconstrucción del paradigma patriarcal está imposibilitado de penetrar eficazmente (p. 130). El autor, más adelante en su trabajo, reconoce nuestra postura al afirmar que los discursos feministas que no atacan la raíz misma del paradigma han fallado; es el poder punitivo el encargado de desfragmentar la esencia de su discurso al tomar selectivamente aquello que puede ser usado para evidenciar solo una virtual igualdad que obra a partir de los estereotipos dominantes (Zaffaroni. 2009, 140).

Pero todas estas afirmaciones, eminentemente teóricas, necesitan un respaldo para poder funcionar dentro del paradigma penal; con la expedición del Código Orgánico Integral Penal (2014) es que podemos evidenciar algunas falencias en cuanto a la exclusión de un adecuado análisis de género, eficaz para explicar el margen de actuación de este dentro de la sociedad [30], para ello nos basaremos en la definición de violación, según el COIP (2014): “Art. 171.- Violación.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de

30 Por la naturaleza de nuestro trabajo –que es buscar las bases teórico-críticas básicas que puedan trascender no sólo fuera del Derecho Penal, sino también fuera del Derecho en General-, y por la limitación en cuanto a la extensión del trabajo, es que tomaremos únicamente una norma dentro del COIP para realizar el análisis respectivo.

objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo". (Sección Cuarta).

Ante todo, hay que mencionar que la norma anteriormente citada es considerada, dentro de la sección correspondiente a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, como una norma rectora en cuanto a lo que debe ser considerado como violación. La definición de 'violación' abarcada aquí es, efectivamente, usada como parámetro de actuación en cuanto a las sanciones a los transgresores de la norma. El COIP (2014) no ha obviado establecer normas, así llamadas rectoras, para la aplicación de las penas –en cuanto a su contenido semántico–.

3. ANÁLISIS DE GÉNERO

Pasemos ahora al análisis de género, según los parámetros de Alda Facio (2009). Existen 4 primeros pasos a seguir para utilizar un estudio abarcador; primero es menester un análisis superficial de la semántica utilizada; luego es necesario identificar todas aquellas formas en que se manifiesta el sexismo dentro de la normativa; después procedemos a evidenciar qué tipo de mujer está presente, o se ve opacada en el texto; para finalmente identificar el estereotipo de mujer que se utiliza para sustentar la normativa presente (p. 65). Existen dos pasos más (uno de los cuales será analizado más adelante –el estudio de los componentes del fenómeno legal–; y el otro que se encuentra transversalizado a lo largo de todo el estudio: la concientización), los cuales servirán de base para el sostenimiento de nuestra tesis inicial.

Como primer paso, es evidente la necesidad de un análisis superficial semántico de la normativa. La naturaleza de este paso hace que sirva de punto de convergencia entre la norma y la realidad social. Aquello que se ve reflejado en la norma es fruto de un proceso de representación; cada palabra, y sus respectivos nexos se tornan –teleológicamente– en la simbolización del concepto en torno al fin subordinador. Así, el concepto 'violación' es moldeado en base a la común unión con su significado, al reflejar la forma en que dicho concepto actúa. Es decir, el artículo habla de un acceso carnal del miembro viril por distintas vías, siempre al considerar que el punto de concreción del texto es la introducción de algún objeto por un canal. Entonces, la violación siempre será entendida, en otras palabras, como una intromisión en un conducto.

En cuanto a las manifestaciones del sexismo en la normativa podemos hablar de dos tipos de sexismo: uno explícito y otro implícito. La normativa –aparente depurada del contenido de sexo– nos hace entender, a simple vista, que cualquier persona, en inicio, puede ser objeto de violación; sin embargo –y a nivel explícito– se entiende que el uso de la terminología "viril" hace referencia a un sujeto que posee la capacidad de sujeto activo –valga la redundancia– dentro del acto, en otras palabras, se hace referencia al hombre en su relación con la virilidad. En cambio, a nivel implícito, se entiende que la violación, con una finalidad de una introducción cualquiera, hará referencia a la mujer, que, a nivel sociológico, ha sido entendida como aparente destinataria de la norma.

Al pasar al paso tercero, nos encontramos con que la norma hace referencia, no a una mujer invisibilizada en la normativa, sino a una mujer que es sujeto de la determinación semántico-penal. Utilicemos de nuevo el término "viril", este siempre ha sido usado para referirse a la superioridad con que el género masculino profesa su papel activo dentro del acto sexual. Así, y cuando el artículo se refiere al acto de violación, como la introducción de un objeto –o miembro viril– se hará referencia siempre a la introducción como acto de naturaleza masculina, y, por tanto, a nivel interno, la normativa reflejará a una mujer que efectivamente puede ser sujeto-víctima de este delito.

Finalmente, con la identificación del estereotipo dominante, podremos elaborar una explicación y complementación a nivel macro de lo anterior mencionado. La normativa será entendida en base a que la violación, como un concepto ligado al término viril, el cual va a moldear todo el proceso delictivo. Así, no importará si el que comete el delito es un hombre o una mujer, el estereotipo de base hace que la alusión a una superioridad viril y a la introducción de este o de cualquier objeto en otra persona –nuevamente hombre o mujer– y este siempre va a ser entendido como un acto eminentemente tendiente a reflejar la virilidad misma. La normativa no solo refleja un estereotipo basado en la inferioridad de una parte, sino que el cometimiento de este delito va tener como base la introducción de característica masculina.

Con esto podemos entender las palabras emitidas por Adorno y Horkheimer (1998):

Quien **[el hombre]** ha decidido de la naturaleza la más alta idoneidad para el delito, ya sea por la superioridad de su fuerza o la fineza

o por la finura de sus órganos, ya sea por su educación aristocrática o por sus riquezas; cómo quiere, digo que este individuo sea juzgado con la misma ley con que se juzga a otro quien todo induce a la virtud y a la moderación (p. 145). (El corchete es nuestro)

Incluso, dentro de la misma sociedad, se encuentra enraizada la tendencia patriarcalista en cuanto a este tema. Afirmamos esto por testimonios vertidos dentro del ambiente social:

Porque tus padres desde que eres muy pequeña te advierten de todos los peligros a los que te enfrentas al salir a la calle, recuerdo que cuando era niña no me dejaban ni ir a la tienda sola, una tarde me atreví a hacerlo y vi que no era tan malo, este acto que en esa época lo consideré una rebeldía, fue también inspirado porque veía como mi primo podía salir cuando quisiera, pasaba todas las tardes en los videojuegos de la esquina y nadie le decía nada, de algún modo él no corría tanto peligro, pero yo hasta tenía miedo que algún hombre camine muy cerca de mí en la acera. El afán de protección de tus padres, abuelitos, tíos, tías e incluso hermanos, muchas veces te hace creer que en realidad eres vulnerable, te hace pensar que necesariamente debes ir acompañada al baño o que todos los hombres te miran con otras intenciones y que debes estar atenta (Denisse Cifuentes. 2013).

Ya que el fin de nuestro estudio es dar una crítica que tome como postulado básico de actuación una premisa esencialmente filosófica, pero que se proyecte a un estudio teórico práctico; es pertinente la coyuntura de la norma con los componentes del fenómeno legal de Alda Facio [31] (2009). Así, la relación del componente político-cultural en el componente formal normativo nos explica cómo la norma es condicionada directamente con el ambiente político cultural por el cual fue promulgada. Para Alda Facio (2009), la cultura de un pueblo determinado influye directamente en la elaboración normativa (p. 89). La sociedad patriarcal únicamente puede sostener que el hombre, por su naturaleza 'viril', puede ser entendido como el actor principal dentro de la violación. El legislador plasmó la esencia patriarcalista dentro de la norma al atender a la interpretación social de invisibilización de la mujer. La normativa refleja lo que la sociedad entiende respecto de

31 Para fines sistemáticos, no realizaremos el análisis normativo con todos los componentes del fenómeno legal de Alda Facio, pues únicamente algunos puntos nos servirán para el estudio de la norma.

este tema, así, la palabra convertida en ley se llena de contenido, al tomar como referencia al contexto mismo.

El proceso de comunicación y de plasmado en ley puede ser entendido de la siguiente manera:

Cuanto más íntegramente se resuelve el lenguaje en pura comunicación, cuanto más plenamente se convierten las palabras, de portadoras sustanciales de significado, en puros signos carentes de cualidad, cuanto más pura y transparente hacen la transmisión del objeto deseado, tanto más pura y transparente hacen la transmisión del objeto deseado, tanto más opacas e impenetrables se hacen al mismo tiempo las palabras. (Adorno. 2009, 208)

4. ANÁLISIS DIALÉCTICO

Otra relación digna de ser tomada en cuenta es la del componente formal-normativo en el componente político-cultural. Así pues, dentro del modelo patriarcal, la ley promulgada aparentemente para la protección de la mujer se considera como un marco límite de actuación de la sociedad. La legislación penal ha tendido a señalar como bienes jurídicos protegidos –dentro de la violación– a la integridad sexual y reproductiva de la víctima, al considerar que su vulneración ocurre 'únicamente' cuando un conducto de esta es pervertido por un elemento 'viril'; aquel postulado positivizado dentro de la ley penal hace que la sociedad interprete esta tipificación como un hecho necesario para la mantención del orden social.

El problema que surge, a partir de la comparación de ambos componentes, puede ser visto bajo varias perspectivas dialécticas; sin embargo, tomaremos dos métodos dialécticos principales: la dialéctica hegeliana y la dialéctica del péndulo marxista (Hegel y Marx 2013). Desde la perspectiva de análisis hegeliano encontraríamos que, bajo el paradigma patriarcal, la inexistencia de conciliación se haría evidente. La sociedad patriarcal moldeadora de la normativa –tesis– no podría conciliarse bajo la lógica de una normativa patriarcal moldeadora de la sociedad misma –antítesis–. El paradigma patriarcal impediría que la sociedad misma encuentre solución para la discriminación existente dentro del Derecho Penal porque la alienación del modelo patriarcal no podría dar cabida a una interpretación igualitaria.

Bajo un análisis dialéctico pendular encontramos dos polos opuestos: por un lado, la sociedad patriarcal moldeadora de la normativa, y por el otro, la normativa patriarcal moldeadora de la sociedad. Independientemente de si la sociedad o la normativa moldea, prima facie, la una a la otra, encontramos que la esencia pre-existente en ambos es el paradigma patriarcal; por ende, el proceso de actuación entraría en un círculo vicioso posiblemente previsible en donde una reconfiguración al mismo modelo patriarcal sería teóricamente imposible.

Para comprender mejor el análisis dialéctico anterior podemos dar un ejemplo ilustrativo, al tomar como punto de partida a la narración de una historia mítica acerca de rapto y violación. Cuenta la historia romana que, en los juegos de Rómulo en honor al Dios Neptuno, existían varios eventos que ponían a prueba la hombría y la osadía de los romanos; entre estos se encontraba un muy peculiar reto: cada hombre debía raptar a una mujer sabina (del pueblo de los sabinos) a manera de engaños para poder –posteriormente– abusar de ella. Después de un rapto masivo, y al quedar el pueblo sabino sin mujeres, estos atacaron Roma. La lucha duró un largo tiempo hasta que los sabinos se encontraron en una batalla final con los romanos. Cuando el duelo final iba a darse, y al ver que evidentemente iba a existir una alarmante cantidad de bajas en la batalla, las mujeres decidieron parar la batalla, poniéndose en medio del campo de batalla. La razón de esta decisión era simple: si ganaban los romanos y mataban a los sabinos, ellas perdían a sus padres y hermanos, y si sucedía al revés, perdían a sus esposos e hijos. Conmovidos todos los hombres con este acto heroico por parte de las mujeres, decidieron no pelear y finalmente se realizó un banquete de reconciliación.

Bajo la lógica patriarcal las mujeres actuaron con heroísmo, al demostrar cómo la osadía –característica masculina– imperó en la mente femenina y detuvo la guerra. Sin embargo, y al hacer hincapié al análisis de un nuevo paradigma no-patriarcal, está claro que los actos delictivos constitutivos de ilícitos consuetudinarios –el rapto y la violación– obligaron a la búsqueda de venganza por parte del pueblo sabino (derecho penal primitivo) sin embargo, y al entender el papel subordinado de la mujer en la historia, esta estaba condicionada a recibir el trato negativo con respecto de su situación dentro del conflicto. En otras palabras, la norma consuetudinaria violada y encontrada en conflicto con la sociedad, hace que no pueda existir conciliación con respecto de la mujer dentro de la misma porque el papel asignado por el patriarcalismo a la ella, hace que exista un conflicto sin concilia-

ción (ni hegeliana ni marxista) con respecto de la subordinación a sus padres y a sus maridos, y su rol de cuidado con respecto de sus hijos. Concluye el análisis en donde la mujer se subordina a la realidad al aceptar que –en descarada apariencia– logró mantener el balance (círculo vicioso) social-patriarcal. "Su comportamiento pone en práctica la prohibición de amar, que posteriormente se impuso con tanta mayor fuerza cuanto más tuvo el amor, como ideología, que enmascarar el odio de los que competían" (Adorno. 2009, 122).

A manera de acotación, de carácter histórico-jurídico, podemos mencionar a la jurisprudencia ecuatoriana, tendiente a reflejar la forma en que el término violación ha sido entendido por los tribunales de justicia. Puesto que, en esencia, la normativa tendiente a definir a la palabra 'violación' no ha variado mucho –al tomar como punto de comparación a la normativa del COIP (2014) y al anterior Código Penal (1971) –, podemos ver la reflexión jurisprudencial en cuanto a este tema. En base a esto podemos, incluso predecir –implícitamente– cómo puede ser interpretada, con el COIP, la violación, en un futuro, por los tribunales de justicia.

En una resolución de la Corte Suprema de justicia del 7 de octubre del año 2003 (Segunda Sala de lo Penal), en la Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4689, en su considerando tercero, se establece que, en base al art. 512 (del anterior Código Penal. 1971), evidentemente existe violación cuando se acude a un al acceso carnal en una víctima menor de 14 años (este caso es estupro). La sala consideró que no hay duda que se incurrió en un delito de violación, y en base a argumentos que refuerzan a la violación por estupro, como son la 'honestidad de la mujer' [32], entre otros; efectivamente existe delito. Lo que nos interesa de este caso es que los jueces omiten totalmente un análisis de género, en la medida en su argumentación se basa constantemente en el acceso carnal, al entender este como la penetración en un conducto de la víctima, y que refuerza lo dicho en párrafos anteriores.

Mencionemos otro ejemplo jurisprudencial, relacionado con el delito de violación; así en la Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2367, al hablar de las pruebas para determinar la violación, se hacen algunas consideraciones un tanto interesantes. Para determinar, dentro

32 Esta terminología nos revela aún más la alarmante situación en cuanto a la argumentación jurisprudencial, con una omisión de la consciencia de género, con que los jueces razonan.

de la etapa probatoria, que existió violación, se recurre a pruebas fundamentales: el examen médico y psiquiátrico. En cuanto al psiquiátrico no habría –para fines de nuestro análisis– nada que acotar, pero en lo que se refiere al examen médico existe un problema. El examen posee una naturaleza examinadora –valga la redundancia–, es decir, se realiza un estudio médico en donde se determina si hubo acceso carnal o introducción de algún tipo de objeto, el problema radica en que este examen refleja lo que hemos hablado ya en párrafos anteriores. La manera más idónea de ubicar a la violación dentro del paradigma patriarcal, es la constatación médica de una introducción en un conducto, al mostrar que, incluso los peritajes, refuerzan lo anterior mencionado.

La jurisprudencia anteriormente analizada –y reiterar el carácter meramente descriptivo de esta parte de nuestro trabajo, desde una perspectiva histórico-jurídica–, demuestra que la forma de entender la violación no ha cambiado –comparar al COIP (2014) con el anterior Código Penal (1971), en conjunción con la jurisprudencia–. Al reflejar la necesidad de una inmediata toma de consciencia y una urgente deconstrucción socio-normativa.

El cambio no comienza con adaptar la normativa vigente dentro de paradigma patriarcal; la norma está constreñida y condicionada a la actuación de la sociedad misma. El derecho penal –y el derecho en general– es el reflejo del status quo. Como se vio anteriormente, la modelación normativa en favor de lo femenino no cambia en absoluto en cuanto a su aplicación en la realidad, puesto que el paradigma dominante es el que toma para sí aquello que le sirve para su autoconsciencia. "La aspiración a una situación sin explotación ni opresión, en la que exista realmente un sujeto omniabarcante, es decir, la humanidad autoconsciente, y en la que se pueda hablar de una formación unitaria de teorías y de un pensamiento que trascienda a los individuos (Horkeimer. 2000, 75), es pues un ideal por el que se debe empezar a construir, siempre al tener en cuenta la consciencia colectiva de género, y a decir del autor, esta aspiración no es aún su realización.

5. CONCLUSIONES

En conclusión, "la mujer oprimida, como furia, ha sobrevivido a su época y muestra el guiño maligno de la naturaleza mutilada incluso en un período en que el dominio modela ya el cuerpo adiestrado de los dos sexos, en cuya uniformidad desapareció aquel guiño" (Ador-

no.1998, 295). El modelo patriarcal ha hundido sus bases en las formas más abstractas el saber humano, es así que su proyección ha alcanzado formas avanzadas de dominación, que se han extendido a fenómenos sociales y jurídicos. El Derecho Penal no ha sido la excepción, las normas evaluadas muestran como éste ha buscado una protección únicamente virtual de lo femenino, al guardar los postulados discriminadores dentro de la superestructura. Hemos tratado, por medio de este ensayo, mostrar la necesidad, no de aplicar medidas feministas dentro de paradigma patriarcal, sino elaborar una deconstrucción del mismo y la reconstrucción de uno nuevo: un paradigma no-patriarcal [33]. La normativa del nuevo Código Orgánico Integral Penal (2014) estaría condicionada a la aplicación social del paradigma dominante; la normativa es el reflejo de la sociedad patriarcal. Si el paradigma es socialmente subvertido, a priori la normativa hallaría un camino de adaptación social. Al decir de Tamar Pitch (2009), la construcción de un modelo de protección es imperativo si el cambio que se quiere ver es integral (p. 67).

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adorno, T, y. Horkheimer, M. (1998). *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Editorial Trotta

Código Orgánico Integral Penal (COIP). (2014). Sección Cuarta. Recuperado de: http://www.forosecuador.ec/COIP.pdf

Código Penal. (1971). Recuperado de: http://www.miliarium.com/paginas/leyes/internacional/Ecuador/General/cp.pdf

Denisse Cifuentes. (2013). Testimonios.

Facio, A. (2009). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En R. Ávila, J. Salgado, L. Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. (181-224). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. 2367.

33 Debido a la complejidad con que el cambio debe desenvolverse, y para evitar entrar en sofismas, hemos decidido nombrar al nuevo paradigma como la negación al anterior.

Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. 4689. Recuperado de: http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CASACION-DELITO_DE_VIOLACION_171420031007&query=violacion#Index_tccell0_0

Hegel y Marx. (2013). *Método Dialéctico*. Recuperado de: http://www.ediunc.uncu.edu.ar/catalogo/ficha/114. Acceso: 13-11-13.

Horkheimer, M. (2000). *Teoría Tradicional y Teoría Crítica. Barcelona*: Editorial Paidós.

Jaramillo, I. (2009). La definición de género. En R. Ávila, J. Salgado, L. Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. (103-136). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Kant, E. (2005). *Crítica de la Razón Pura*. México: Editorial Porrúa.

Kuhn, T. (1971). *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. México: Editorial Fondo Cultura Económica.

Olsen, F. (2009). El sexo del derecho. En R. Ávila, J. Salgado, L. Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. (137-156). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Pateman, C. (2009). Críticas feministas a la dicotomía público/privado. En R. Ávila, J., Salgado, L. y Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. (37-68). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Pitch, T. (2009). El aborto. En R. Ávila, J. Salgado, L. y Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. (235-282). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Williams, J. (2009) Igualdad sin discriminación. En R. Ávila, J. Salgado, L. y Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. (257-284). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Zaffaroni, E. (2009). El discurso feminista y el poder punitivo. En R. Ávila, J. Salgado, L. y Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. (321-334). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Recibido: 09/02/2017
Aprobado para publicación: 27/05/2017

Edison Fabricio Guarango Mariño (LL.B, LL.M): Es graduado del Colegio San Gabriel. Ponente en las I Jornadas Internacionales de Derecho de la PUCE. Ex investigador del Centro de Derechos Humanos de la PUCE. Ex representante de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE para los concursos: Yachay de Derecho Interncional Humanitario y Derechos Humanos (Lima- Perú) e Interamerican Human Rights Moot Court Competition (Washington- Estados Unidos). Dirección Jurídica CES.

Correo electrónico: edisonfenix@msn.com

Una Política Extractiva Petrolera en un Estado de Derechos y Justicia: Una Visión Crítica de la Política Pública en el Ecuador

Oil Extraction Policy under the Rule of Law and Justice: A Critical View of Public Policies in Ecuador

Dr. Felipe Castro León
Investigador Jurídico, Dirección Jurídica CES

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 111-136, ISSN 2588-0837

RESUMEN: A lo largo de este trabajo se busca analizar críticamente al extractivismo petrolero dentro del marco de acción del Estado, en específico como política pública. Se desarrolla el marco constitucional y legal que permite la realización de este tipo de actividades, y la institucionalidad que la administra y gestiona estas actividades. Posteriormente, se analiza las características del extractivismo respecto a la territorialización de los proyectos, la vinculación de las rentas extractivas al desarrollo económico del país, y los impactos ambientales que producen las actividades extractivas. Con este marco de análisis, se pudo observar cómo la política extractiva petrolera en el Ecuador ha sido a lo largo de los años una política de expansión de las fronteras de extracción de petróleo. Finalmente, dentro de un Estado de derechos y justicia que privilegia la realización de los derechos de las personas y la naturaleza, se pudo visibilizar la necesidad de un replanteamiento de esta política pública frente a un balance no muy positivo a la hora de su implementación.

PALABRAS CLAVE: Extractivismo, política pública, política extractiva petrolera, capacidad productiva, reservas petroleras.

ABSTRACT: This work is based on a critical analysis of oil exploitation as public policy: firstly, the Constitutional and legal regulations that allow for oil exploitation activities to be carried out and the institutions that administrate these activities are examined; secondly, the characteristics of oil exploitation in regards to territorial appropriation, the linking of oil incomes with economic development, and the

environmental impacts are analyzed. Under this framework, the expansion of oil extraction borders as part of Ecuadorian extractive oil policy is examined.. Lastly, in a rule of law and justice State that favors human and environmental rights, a need to rethink this public policy is seen, given the less than positive balance upon its implementation.

KEY WORDS: Extractivism, public policy, oil exploitation public policy, productive capacity, oil reserves.

INTRODUCCIÓN

La economía del Ecuador se ha caracterizado por ser primario-exportadora, y el Estado se ha valido del extractivismo para justificar una vía a lo que comúnmente se conoce como desarrollo. Este extractivismo se ha justificado como el modelo necesario para garantiza los derechos de la sociedad ecuatoriana a lo largo de los años, pero los años de explotación de recursos naturales ha demostrado lo contrario.

Pese a esto, el extractivismo no es únicamente la extracción de recursos naturales, sino que representa un fenómeno social que tiene consecuencias en el ejercicio de las poblaciones aledañas a los proyectos puesto que utiliza la violencia como medio de despojo de los territorios. Esto ha ocurrido sin duda con la explotación del petróleo, la cual ha afectado a las poblaciones dentro de la zona de influencia de los proyectos extractivos ya que ha causado daños ambientales y culturales, junto con conflictividad social, y acompañado de políticas para la colonización de territorios.

En este punto es importante señalar el papel que ha tenido el Derecho, al ser esta la herramienta que ha justificado, y, hasta cierto punto, legitimado la realización de este tipo de actividades. Un aspecto a considerar en este contexto se refiere a la posibilidad que otorga tanto la Constitución como las normas secundarias a la realización de actividades extractivas, pero que deben enmarcarse también en el amplio desarrollo de los derechos reconocidos en ella.

Si bien este no representa un debate nuevo, sin embargo, se encuentra aun plenamente vigente. La necesidad de analizar la forma en cómo estas actividades han sido implantadas por el Estado resulta imperativo en un escenario donde las alternativas sociales al extractivismo todavía no son difundidas en la sociedad de forma efectiva.

Por estos motivos, se busca a través del presente trabajo analizar el papel del Estado y el Derecho de forma crítica frente a la ejecución de actividades que tienen influencia principalmente en los derechos de las personas y las comunidades.

1. CONFIGURACIÓN DEL EXTRACTIVISMO PETROLERO COMO POLÍTICA PÚBLICA

Para entender cómo se configura como una política pública es necesario repasar algunas definiciones establecidas desde la teoría. Tenemos que política pública es todo lo que los gobiernos deciden hacer o no hacer (Dye, 2012). En esta línea, son entendidas como las decisiones políticas, tomadas entre varias opciones, desde y para el marco institucional del Estado, que involucran a las personas, y que buscan obtener ciertos resultados (Kelman, 1992, 23).

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que casi nunca una política pública es una sola decisión, ya que realmente involucra un conjunto de decisiones simultáneas o secuenciales (Eslava y Puente, 26). Estas decisiones transformadas en políticas públicas, según el mismo Kelman, son producto de una elección que constituyen los rasgos fundamentales del sistema político y de los requerimientos de la sociedad (Kelman, 1992, 24). Dicho en otras palabras, la decisión o decisiones tomadas en virtud de un requerimiento social, y dentro del ámbito jurídico-institucional del Estado, se denomina política pública.

A nivel gubernamental ecuatoriano, la SENPLADES estableció la política pública como un curso de acción de la gestión pública que institucionaliza la intervención pública en respuesta a un problema social identificado como prioritario, y que se convierte de esta manera en materia de política de Estado (SENPLADES, 2011, 10).

En este contexto, la política extractiva petrolera se refiere a la inscripción del extractivismo en el curso de acción de la gestión pública; al ser el extractivismo definido como un tipo de extracción de recursos naturales en gran volumen o alta intensidad, en donde dichos recursos son exportados como materias primas sin procesar, o con un procesamiento mínimo (Gudynas, 2013, 3), en función de la demanda de los países centrales (Acosta, 2015).

Los recursos naturales extraídos por excelencia son principalmente productos hidrocarburíferos y mineros, aunque se puede extender también al extractivismo agrario, forestal e inclusive pesquero (Acosta, 2015). En el caso del petróleo, las actividades extractivas se relacionan con la búsqueda de estratos subterráneos o reservorios con hidrocarburos denominados yacimientos, continúa con su extracción a la superficie, y finalmente son transportado para su exportación y/o refinación (Játiva, 2010, 202–203).

En consecuencia, la política extractiva petrolera involucra las acciones del Estado para emprender o dar lugar a la realización de actividades de extracción de alta intensidad de recursos hidrocarburíferos.

2. REGULACIÓN DE LA POLÍTICA EXTRACTIVA PETROLERA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Una vez visto que el extractivismo petrolero se puede configurar como una política pública en el marco de acciones del Estado, es necesario abordar cómo la legislación avala la realización de este tipo de actividades y cómo estas se pueden realizar.

En esta línea, es importante destacar el papel que tiene el Estado, que, con su monopolio de la violencia y sus definiciones de legalidad, juega un rol crucial al respaldar y promover los procesos de apropiación de recursos naturales (Harvey, 2005, 133). Por esta razón, y con apoyo de la teoría económica, el derecho ha dado paso a la mercantilización de la naturaleza (lógica de compra y venta) por medio de la definición de los derechos de propiedad sobre los recursos naturales (Dávalos, 2013), lo que permite su explotación y su intercambio en el mercado mundial (Hernández, Rodríguez y Moreno, 2004, 42).

Actualmente, esta regulación sobre la propiedad de los recursos naturales se puede encontrar en la Constitución ecuatoriana, cuyos artículos: 1, 317, y 408, determinan que *los recursos naturales no renovables ubicados en el territorio del Ecuador pertenecen al patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible del Estado.*

Esta determinación de la propiedad le permite al Estado la administración, la regulación, el control y la gestión los recursos naturales no renovables de acuerdo al artículo 313 de la Constitución. Incluso goza

de capacidad de expropiación de terrenos y otros bienes que fuesen necesarios para el desarrollo de las actividades extractivas (artículo 4 de la Ley de Hidrocarburos), lo que le permite constituir redes para la circulación de territorios y de los mismos recursos (carreteras, oleoductos, estaciones de acopio, entre otras).

De igual forma, estos recursos naturales son considerados gravitantes para la estructura económica del país, razón por la que se lo adopta en la categoría de sector extractivo, por su decisiva influencia económica, social, política o ambiental, según el artículo 313 de la Constitución. Esto concuerda con la visión que le da el Plan Nacional de Desarrollo a los recursos petroleros como fuente de riqueza para el país, y con incidencia que tienen en todo el país puesto que los ingresos que genera comprometen a todo el Ecuador (Corte Constitucional del Ecuador, Caso 001-09-SEE-CC, 2009).

La consecuencia de la importancia que se le ha dado a la extracción de recursos naturales en la Constitución le permite al Estado adoptar una presencia más activa en las actividades vinculadas a este sector. Este rol activo se encuentra principalmente en la gestión de estos sectores, ya que el artículo 315 de la Constitución da lugar a que la explotación de recursos naturales se lo realice directamente por parte de empresas públicas y empresas mixtas con mayoría accionaria del Estado, mientras que en el artículo siguiente deja de forma excepcional la participación de los privados.

3. REGULACIÓN DEL MARCO INSTITUCIONAL RESPECTO AL EXTRACTIVISMO PETROLERO

Ahora es necesario establecer el marco de actores institucionales que pone en marcha las actividades que comprende la política extractiva petrolera, y que, debido a la activa participación del Estado, pertenecen al sector público. Por estas razones, a partir de la Constitución y la Ley, se desarrollan las potestades para la realización de varios tipos de actividades en varios niveles.

El primer nivel se refiere a las entidades de planificación y definición de la política pública. De acuerdo al artículo 141 de la Constitución, la Función Ejecutiva tiene la competencia de *rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas*. En este punto, el instrumento bajo el cual

se hace efectiva y se evidencia la competencia de la Función Ejecutiva respecto a la política pública es el Plan Nacional de Desarrollo.

Así mismo, la Ley de Hidrocarburos confirma lo establecido en la Constitución, y va más allá al determinar la formulación de la política pública de hidrocarburos le corresponde al Ministerio de ramo y a la Secretaría de Hidrocarburos. El Ministerio de ramo establecido fue el de Hidrocarburos según el Decreto Ejecutivo 578, publicado en el Registro Oficial 448 de 28 de febrero de 2015.

En el segundo nivel están las instituciones que tienen la tarea de regulación y el control de los sectores estratégicos (artículo 315), de acuerdo a la Constitución y la ley. En un primer momento, la Asamblea Nacional es el órgano encargado de *expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio* (artículo 120.6). Estas leyes pueden referirse a las actividades que comprenden los sectores estratégicos y por ende los recursos naturales, así como regular el ejercicio de los derechos y garantías, tipificar y establecer sanciones, y regular la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución y de los organismos de control y regulación (artículos 132 y 133).

Por otro lado, la Ley de Hidrocarburos, la norma con rango legal vigente, también establece instituciones con capacidad de regulación y control. Se determina que el mismo Ministerio de Hidrocarburos *está facultado para dictar los reglamentos y las disposiciones* (Corte Constitucional del Ecuador, Caso 0004-10-SIN-CC, 2010). Por su parte, la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH), como institución de derecho público adscrita al Ministerio, se encarga de *"regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera"*. Las fases a las que se hace mención están definidas en el artículo 9 de la Ley y se refieren a la *prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados.*

Junto con el Ministerio y la ARCH, funciona la Secretaría de Hidrocarburos como entidad adscrita al Ministerio Sectorial. De acuerdo al artículo 6-A de la Ley de Hidrocarburos y los artículos 3, 5, 7, y 10 del Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos autoriza las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el caso de empresas públicas; celebra contratos de exploración y explotación de hidrocarburos con empresas mixtas, estatales de los

países de la comunidad internacional; y lleva a cabo un proceso de licitación, adjudicación, y celebración de contrato con empresas privadas.

Además, se encuentra la Autoridad Ambiental Nacional (Ministerio del Ambiente), quien tiene la competencia de otorgar licencia ambiental (permiso ambiental), cuando se trata de una actividad de alto impacto y riesgo ambiental como la hidrocarburífera, debido, a que según, el artículo 9 del Libro VI sobre la Calidad Ambiental del Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente es parte de los sectores estratégicos determinados por la Constitución. Según el artículo 26 del mismo cuerpo normativo, es competencia exclusiva el manejo por parte de la Autoridad Ambiental Nacional respecto a todos los proyectos, obras o actividades que intersequen con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), Bosques y Vegetación Protectores (BVP), Patrimonio Forestal del Estado (PFE).

Finalmente, en un tercer nivel encontramos a las entidades encargadas de la gestión y administración de los recursos naturales. De acuerdo a la Corte Constitucional, la gestión y la administración son sinónimos, y tienen relación *con las actividades de organización, operación, dirección, toma de decisiones que el Estado hace respecto de los sectores estratégicos* (Corte Constitucional del Ecuador, Caso 001-12-SIC-CC, 2012).

Como ya se estableció, a este nivel le corresponde a las empresas públicas, mixtas, y de forma excepcional a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria. Actualmente, los encargados de la gestión de los recursos hidrocarburíferos son:

- Empresas públicas: 1) EP Petroamazonas, encargada del manejo del “upstream” hidrocarburífero -exploración y explotación de los campos de petróleo y gas- (SENPLADES, 2013, 45); 2) EP Petroecuador, encargada del “downstream” hidrocarburífero –transporte, refinación y comercialización de los combustibles–, además de las importaciones y exportaciones de los derivados del petróleo; EP Petroecuador (SENPLADES, 2013, 45); y 3) EP Flopec, encargada del transporte marítimo de hidrocarburos (SENPLADES, 2013, 45).

- Empresas mixtas: 1) Operaciones Río Napo CEM, encargada de la operación del campo Sacha, cuyo paquete accionario le pertenece en un 70% a Petroamazonas EP y el 30% a PDVSA (SENPLADES, 2013, 45); y 2) Refinería del Pacífico CEM, creada para la construcción y operación del complejo refinador en Manabí, cuyo paquete

accionario actualmente le corresponde a EP Petroecuador en un 51%, y a PDVSA en un 49% (SENPLADES, 2013, 45).

- Empresas privadas: el Estado tiene los Contratos de Prestación de Servicios con Pago de Tarifa con 14 operadoras privadas que trabajan actualmente en 17 campos y bloques (Ministerio de Hidrocarburos, 2015).

En suma, todas estas instituciones permiten la ejecución de una política extractiva petrolera por parte del Estado, es decir, dan paso a las actividades para la extracción de recursos hidrocarburíferos en el Ecuador por medio de diferentes niveles en el sector público e incluso en el privado.

4. GESTIÓN DE LAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS PETROLERAS

Con la reforma en el año 2010 a la Ley de Hidrocarburos se buscó mayor participación estatal en la gestión de estos recursos. Esta reforma buscó cumplir con el postulado constitucional de la gestión directa de los recursos naturales a través del Estado, y encontró en el repunte de la modalidad de contratación bajo la prestación de servicios el instrumento para realizarlo, sin dejar de mencionar la coyuntura de los altos precios del petróleo en el mercado mundial que motivó a promoverla.

La principal característica de este tipo de contrato es que le permite al Estado no ceder su propiedad sobre crudo producido, y solamente se limita a contratar a la Operadora para que explore y explote sus campos por un tiempo determinado (Molina, 2014, 6). En virtud de lo señalado, el Estado debe cancelar una tarifa fija por cada barril producido y se reserva un margen de soberanía con el que participa con un 25% del ingreso bruto generado a través de la explotación de cualquier área destinada para el efecto (Molina, 2014, 115).

En la práctica, la contratación bajo prestación de servicios asegura a las compañías un ingreso permanente, mientras que, para el país, sus ingresos están determinados por el comportamiento del precio internacional del hidrocarburo (Fundación Mil Hojas, 2015).

5. CARACTERIZACIÓN DEL EXTRACTIVISMO PETROLERO EN EL ECUADOR

Desarrollada la regulación, la institucionalidad, y la gestión de la política extractiva petrolera, no se puede dejar atrás la forma en cómo estas actividades son realizadas y sus impactos en las comunidades y la naturaleza. En este sentido, las prácticas del extractivismo han demostrado que una condición necesaria para poder llevar a cabo estas actividades es la violencia y la vulneración a derechos humanos y de la naturaleza, lo cual ha sido calificado en un caso más agudo como extracción (Gudynas, 2013, 15). Para poder abordar estas características, se ha planteado clasificarlas de la siguiente forma: territorialización, daños ambientales, y vinculación con el desarrollo económico.

5.1. Territorialización

Una característica de los proyectos extractivos es su *territorialización*, es decir, la localización geográfica de las actividades de extracción de recursos naturales que conlleva tres consecuencias: gobernanza o capacidad de decisión sobre los territorios, apropiación material del territorio, y la constitución de redes y flujos para la circulación entre territorios (Lobos, 2013, 47).

En Ecuador, los proyectos extractivos petroleros se han localizado en el oriente del país, especialmente en la Amazonía centro norte. Este ha sido tradicionalmente el hogar de varias nacionalidades y pueblos indígenas, los cuales hasta la actualidad se enfrentan a un proceso de contacto y colonización, y de pérdida progresiva de sus territorios para facilitar las actividades petroleras. Este proceso fue apoyado por varios actores, entre ellos empresas petroleras y el Estado, quienes provocaron la territorialización de los proyectos extractivos al permitir la gobernanza, la apropiación, y la circulación sobre los territorios de sus legítimos dueños.

Respecto al Estado, encontramos que la determinación de la propiedad de estos recursos por medio de la legislación le permite adoptar decisiones respecto al territorio y apropiarse materialmente de éste cuando encuentre recursos susceptibles de apropiación como el petróleo.

5.2. Daños ambientales

Otro aspecto que caracteriza al extractivismo petrolero es la gran intensidad con la que se realiza estas actividades, lo cual viene acompañado de daños ambientales catastróficos (Fundación Heinrich Böll, 2015, 2). Incluso, en muchos casos, si se contabilizan los costos económicos de los impactos sociales, ambientales y productivos de la extracción del petróleo o de los minerales, desaparecen muchos de los beneficios económicos de estas actividades (Acosta, 2015, 13).

En Ecuador, existen un sinnúmero de casos que comprueban la forma en cómo el extractivismo petrolero se ha llevado a cabo. Cabe mencionar, por ejemplo, uno de los mayores desastres ambientales petroleros registrados en el país, y que corresponde a los impactos generados por Texaco, en donde se vertieron 18 mil millones de galones de desechos tóxicos en aguas de formación, con la operación de 339 pozos (Serrano Narváez, 2013, 23).

Por esta razón, el extractivismo no comprende la simple extracción de recursos naturales, sino que implica procesos de control territorial y localización de afectaciones ambientales dentro de dicho territorio. Esta situación produce a su vez judicialización social, valorización mercantil de recursos intangibles, derechos de propiedad sobre recursos territoriales en mercados altamente integrados sobre todo mercados financieros, dinámicas de política demográfica y de control poblacional a través de bonos de la pobreza, entre otras (Dávalos, 2013, 2).

5.3. Vinculación con el desarrollo económico

El extractivismo ha tenido una *vinculación con el desarrollo económico de los países*, pero que ha expresado una doble vulnerabilidad.

En primer lugar, la vulnerabilidad de los Estados se expresa cuando existe un elevado precio del recurso natural en el mercado, o el descubrimiento de una nueva fuente o yacimiento desata un boom de exportación primaria se puede recaer en la denominada enfermedad holandesa (Acosta, 2009, 42–43). Esto comprende un proceso por medio del cual la economía se distorsiona por un masivo ingreso de divisas, lo que provoca una sobrevaluación de la moneda y la consecuente pérdida de competitividad del sector manufacturero, junto con una

migración de los recursos casi exclusivamente al sector primario en auge (Acosta, 2009, 153).

Al respecto, hay que tomar en cuenta que la economía ecuatoriana ha sido tradicionalmente primaria-exportadora (Acosta, 2006, 116), razón por la cual en el período 2007-2013, por ejemplo, el crecimiento económico del país tuvo relación directa con el precio mundial de las materias primas (Dávalos, 2014, 123). En este escenario, se ha asociado al extractivismo como una batería de políticas sociales dirigidas a los sectores más vulnerables (Svampa, 2013, 37–38), tal como lo señala el Plan Nacional del Buen Vivir en los períodos 2009-2013 y 2013-2017.

Pese a aquello, en el período 2007-2013 se ha comprobado que la renta extractiva en el Ecuador nunca financió de manera importante al sector social, sino produjo distorsiones en la economía del país al crear una burbuja de consumo (Dávalos, 2014, 143), y no ha cumplido los objetivos del cambio de una matriz productiva, puesto que ha existido un proceso de desindustrialización (Dávalos, 2014, 121). Más bien, se trata de un extractivismo agresivo, que utiliza el discurso del aprovechamiento de materias primas por las altas tasas de ganancia y la dependencia de sus exportaciones para lograr las metas de crecimiento económico (Azamar y Ponce, 2014, 145–146) como un mecanismo para justificar (Gudynas, 2009, 209) y generar un consenso social sobre el extractivismo como un mal necesario para el desarrollo (Dávalos, 2014, 184).

Por otro lado, la vulnerabilidad de los Estados también se expresa frente a fuertes caídas de los precios (Fundación Heinrich Böll, 2015, 3), lo que conlleva a un desbalance en la balanza de pagos al verse disminuidos los ingresos económicos (Acosta, 2009, 154), y provoca interrupciones inesperadas y quizás irreversibles en proyectos a largo plazo que requieren años de financiación pública y gestión sostenida (Oxfam Internacional, 2009, 24). Esto se agrava aún más cuando existe una concentración de la exportación en unos pocos productos primarios como parte de la estructura productiva de la economía primaria (Petit Primera, 2013, 128–129).

Esta situación también sucede en Ecuador, donde alrededor del 11% de los ingresos del Estado provienen de las ventas de crudo, razón por la que la volatilidad de su precio tiene consecuencias directas en las decisiones de política pública, las que se ven comprometidas cuando

su precio disminuye (Facultad de Economía de la PUCE, 2015, 30). Por esta razón, en el año 2015, frente a la caída del precio internacional del petróleo, se realizó un recorte en el Presupuesto General del Estado de alrededor 2200 millones de dólares (El Universo, 2015).

Además, también hay que tomar en cuenta que el modelo de contratación implantado en la reforma a la Ley de Hidrocarburos no ha sido rentable en este escenario. Esto se debe a que las empresas petroleras, por prestación de servicios, han venido cobrándole al Estado, en promedio, USD 29,69 por cada barril extraído, cuando esos mismos barriles se comercializan en el mercado internacional en un promedio de USD 35 en el 2015 (Redacción Plan V, 2015). Esta situación se compara con el promedio del precio del barril de petróleo de USD 70 entre el 2007 y el 2014 (Fundación Mil Hojas, 2015), cuando esta modalidad representaba mayores ingresos para el país.

En suma, el extractivismo petrolero es un proceso violento y complejo de apropiación de recursos naturales y de degradación ambiental, pero que puede ser justificado por la renta que genera y la oportunidad que tiene el Estado para invertir dichas ganancias en el desarrollo del país. Empero, la concentración de la economía del país en este tipo de actividades generan varios problemas ya que dichas economías son vulnerables al depender de los precios internacionales de comercialización del producto. Por el contrario, este tipo de extractivismo puede ser catalogado como agresivo, ya que se enmarca el neo-extractivismo denominado por Gudynas en el que se observa un papel activo del Estado para captar parte de la riqueza que generan los sectores extractivos (Gudynas, 2009, 208).

6. POLÍTICA EXTRACTIVA PETROLERA EN ECUADOR, UNA POLÍTICA DE AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD PRODUCTIVA Y DE RESERVAS

En el contexto de la caracterización del extractivismo petrolero en el Ecuador, la historia ha demostrado que la política pública ha sido una de ampliación de reservas y la producción. Esto ha sido constante, especialmente a partir del denominado boom petrolero de la década de los setenta.

El resultado de la implantación de esta política pública fueron miles de barriles de petróleo producidos, pero también varias comunidades

afectadas, en especial pueblos indígenas, ya que la localización geográfica de dichas actividades extractivas ha sido la Amazonía del Ecuador. Esto, sin duda, comprueba la violencia y la violación a derechos humanos con las que han sido emprendidas las actividades extractivas.

Entre los hitos importantes de la implantación de esta política petrolera en Ecuador tenemos:

- La firma del Protocolo de Río de Janeiro, que dividió el territorio de muchos pueblos indígenas, pero que tuvo como trasfondo un conflicto entre dos petroleras (Almeida y Proaño, 2008, 45).

- El descubrimiento de grandes reservas de petróleo en el nororiente del país (zona de Lago Agrio) por el consorcio Texaco – Gulf en el año de 1967 (Acosta, 2000, 49)

- El inició un proceso de colonización para ofrecer mano de obra a la industria petrolera (Almeida y Proaño, 2008, 46) y de apropiación de territorios en la Amazonía a través de la *Ley de Reforma Agraria y Colonización de 1967, y la Ley especial para adjudicación de tierras baldías a favor de la colonización espontánea del Oriente ecuatoriano.*

- El contacto y cambio cultural forzado (Franco, 2006, 278) con las poblaciones que vivían en las cercanías del río Curaray, y que tuvo la ayuda del *Instituto Lingüístico de Verano* (ILV) (Almeida y Proaño, 2008, 27).

- En la década de los setenta, se observó un desplazamiento forzado de los pueblos indígenas Waorani (Acosta, Aguilar, Quevedo, Spurrier, y Marchán, 1986, 29). Incluso se habló de la desaparición del pueblo conocido como Tetetes (Franco, 2006, 278) debido a la explotación petrolera (OILWATCH, 2001, 20).

- En la década de los ochenta existió gran actividad referente a perforaciones de desarrollo y la incorporación de nuevos campos a la producción (Banco Central del Ecuador, 1990, 15). Además, se iniciaron rondas internacionales de licitaciones para concesionar bloques a empresas privadas transnacionales (Acción Ecológica, 2011, 4); y se dio la salida de la compañía Texaco de la Amazonía que dio lugar al inicio de un largo proceso judicial para reclamar por los daños ambientales (Gordillo, 2003, 239).

- En la década de los noventa se crearon las condiciones para transferir los bienes públicos al capital privado (Acción Ecológica, 2011, 4).

- En la década de los años 2000 destaca la defensa territorial emprendida por el Pueblo Kichwa de Sarayaku frente a la arremetida de la empresa CGC y el apoyo del Estado ecuatoriano para emprender actividades extractivas dentro de su territorio, lo cual tuvo como resultado que el caso sea llevado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el año 2012.

Esto ha sido en ejemplo de cómo en todos estos años se observa que la explotación petrolera siempre ha ido en perjuicio de los pueblos indígenas en la medida en que los campos petroleros y su producción han ido en aumento. En este caso, la política extractiva petrolera en el Ecuador siempre se ha dado en función de proyectos que buscan la ampliación de la producción y las reservas hidrocarburíferas.

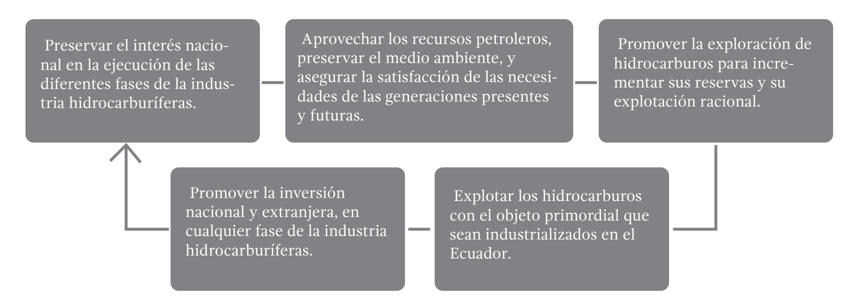
El período entre 2008 y 2016 no fue la excepción, y se puede visualizar en el Plan Nacional del Buen Vivir de los períodos 2009-2013 y 2013-2017 que delimitan la política extractiva petrolera actual del país.

En los planes correspondientes se establece la necesidad del cambio de modelo, es decir el paso de un esquema primario exportador y extractivista a uno que privilegie la producción diversificada y ecoeficiente (SENPLADES, 2009, 329–330) y a una economía del conocimiento (SENPLADES, PNBV, 2013, 82). Esta ha sido la justificación para plantear el incremento de reservas y producción petrolera como fuente de riqueza social indispensable en el tránsito hacia el nuevo modelo (SENPLADES, 2009, 336–340).

Esta política se encuentra reproducida también en el Plan Estratégico Ministerial 2014-2017 elaborado por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, hoy Ministerio de Hidrocarburos, que señala el incremento de la contribución al desarrollo nacional del sector hidrocarburífero como las actividades a ser emprendidas por el Ministerio.

Lo mismo ocurre en el artículo 15 del Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de 2010, que establece como principios de Política Hidrocarburífera:

Gráfico 2: Principios de la Política Hidrocarburífera



Fuente: Reglamento de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de 2010
Elaboración: Propia

Los proyectos en los que se expresa esta política extractiva son la Ronda Sur Oriente y la explotación de los bloques 31 y 43 (o ITT).

Sobre la Ronda Sur Oriente, se trata de un proyecto planteado desde el año 2000, pero que tuvo la resistencia territorial de varios pueblos indígenas como la FIPSE (hoy NASHE), la FICSH, la FINAE (hoy NAE) y el Pueblo Kichwa de Sarayaku (Melo, 2012, 108). Pese a estos procesos de resistencia, se tienen como hechos relevantes:

- En el 2010 el Estado firmó un convenio con la compañía Coreana de Petróleos para proyectar las oportunidades de exploración y explotación de petróleo en la Amazonía suroriente (Melo, 2012, 104);

- En octubre de 2011 se anunció un nuevo mapa petrolero por parte del Secretario de Hidrocarburos (Melo, 2012, 105);

- Entre los meses de mayo y octubre de 2012 se inició un proceso de consulta a las comunidades indígenas (Mazabanda, 2013, 4);

- El 28 de noviembre de 2012 con la convocatoria a las rondas de licitación de 13 bloques mediante la modalidad de contratación por prestación de servicios (Secretaría de Hidrocarburos, 2016), a los que se suman 3 bloques que estarían bajo la operación de la empresa estatal Petroamazonas, y 5 bloques que serán licitados a futuro, según se mencionó en el transcurso del 2013 (Mazabanda, 2013, 4).

Según la información de la Secretaría de Hidrocarburos, para el 28 de noviembre de 2013 se anunciaron cuatro ofertas para los bloques 29, 28, 79 y 83, lo que conllevó a que en abril de 2015 se firme contrato para actividades extractivas en el bloque 28 (Acción Ecológica, 2015) y para enero de 2016 la firma de los contratos para la exploración de los bloques 79 y 83 (Araujo, 2016).

Por otro lado, el proyecto de explotación dentro de los bloques 31 y 43 significó también una ampliación en la frontera de explotación petrolera en el país. Este proyecto tuvo como antecedente una iniciativa de dejar bajo tierra el crudo del bloque ITT que inició en el año 2007. Sin embargo, el 23 de agosto de 2013 el Presidente de la República dio por terminada dicha iniciativa y solicitó a la Asamblea Nacional que declare de interés nacional la explotación petrolera de los bloques 31 y 43 dentro del Parque Nacional Yasuní en un área no superior al uno por mil.

Al respecto, hay que mencionar que en el informe realizado por el Ministerio de Justicia para fundamentar su solicitud a la Asamblea sobre el proyecto ITT, se cambió el mapa de presencia histórica de los pueblos Tagaeri-Taromenane que habitan en esa zona a uno que muestra su distribución. Esto le permitió al Estado no incurrir en la prohibición de realizar actividades extractivas dentro de territorios pueblos indígenas aislados del artículo 57 de la Constitución, pese a que han existido informes y pronunciamientos en los que se ha puesto en evidencia su presencia en dichos bloques petroleros (Colectivo Geografía Crítica del Ecuador, 2017).

Pese a esto, el 4 de octubre de 2013 la Asamblea Nacional resolvió declarar de interés nacional la explotación petrolera de los bloques 31 y 43 dentro del Parque Nacional Yasuní en una extensión no mayor al uno por mil. El 6 de enero de 2014, se asignó el Bloque 43 a Petroamazonas EP, mientras que años antes, en el 2009, la misma empresa asumió el Bloque 31. Actualmente, estos dos bloques cuentan con licenciamiento ambiental para la realización de actividades de explotación petrolera.

En razón de lo expuesto, se puede visibilizar que la política extractiva petrolera en Ecuador siempre fue la de ampliar su frontera, encontrándose como constante hechos de violencia y violación a derechos humanos, en especial con los pueblos indígenas como ya se mencionó.

7. UNA POLÍTICA PÚBLICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

Frente a esta realidad, en la que incluso la Constitución legitima este tipo de actividades, cabe una alternativa que pueda dar un tratamiento distinto a estas actividades.

La misma Constitución de 2008 planteó un nuevo modelo de Estado en el que el ejercicio de los derechos y la consecución de la justicia en todas las esferas de la sociedad pasaron a tomar un rol protagónico. Por esta razón, desarrolla una serie de principios que orientan las actividades de las autoridades y limitan el ámbito de sus funciones para el cumplimiento de los derechos y la generación de condiciones sociales más equitativas y justas.

En este marco estatal que plantea la Constitución de 2008 se inscribe el Buen Vivir o *Sumak Kawsay*, entendido como un proceso mediante el cual los individuos conviven de forma armónica entre ellos y la naturaleza (Larrea, 2015, 2), y como un valor de la vida que exalta la riqueza espiritual de los pueblos y de la naturaleza, y el espacio como seres que conviven con los humanos (Kowii, 2014).

Cobra sentido entonces el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos y los derechos de la naturaleza, puesto que los seres humanos necesitamos de la naturaleza para vivir y esta a su vez necesita también de los seres humanos (Ávila, 2011, 47).

Los derechos humanos han tenido un desarrollo importante tanto en la legislación como en la jurisprudencia nacional e internacional. Esta ha sido una herramienta importante para las personas que han luchado y han defendido sus territorios y sus formas de vida frente a la imposición de actividades extractivas.

Sin embargo, un avance importante de la Constitución se refiere al reconocimiento de derechos a la naturaleza. Dentro de este contexto, los artículos 71 y 72 reconocen el derecho al respeto integral de su existencia, al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, y a la restauración integral de los ecosistemas. Este ha sido considerado un reconocimiento, conceptual y filosófico, vinculado con la visión de un país plural para impulsar el Buen Vivir y la Plurinacionalidad, y que significa una ruptura con paradigmas jurídicos, éticos y hasta religiosos (Melo, 2010, 6), entre ellos la mercantilización de la natura-

leza. Producto de este reconocimiento innovador de derechos a la naturaleza, se establece la necesidad de adoptar medidas de prevención y de restricción de actividades, lo cual se relaciona con el artículo 14 de la Constitución que reconoce el derecho de la población a vivir en un medio sano y ecológicamente equilibrado.

Es en este marco constitucional en el que las políticas públicas deben actuar como una manifestación del ejercicio del poder estatal. En efecto, el artículo 85.1 de la Constitución determina que las políticas públicas deben orientarse a *hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad*.

En el caso en que una política pública vulnere o amenace con vulnerar derechos, esta deberá reformularse o se deberán adoptar medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto según el artículo 85.2 de la Constitución.

Por lo tanto, frente a la implementación de una política que vulnere derechos, como es la extractiva petrolera, es obligación del Estado reformularla o cambiarla por una que respete los derechos reconocidos en la Constitución.

8. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la política extractiva petrolera tiene como sustento una legislación, una institucionalidad, y una forma de gestión que ha sido realizada por el Estado. Su implementación se la ha venido justificando como mecanismo indispensable para el desarrollo económico del país al vincularse con la realización de políticas sociales.

Sin embargo, el énfasis que ha puesto el Estado en este tipo de actividades ha demostrado lo contrario, puesto que se tiene una economía dependiente y vulnerable tanto frente a la bonanza por los altos precios de los recursos naturales en el mercado mundial como cuando existe una baja en los precios del mismo. Además, las rentas obtenidas de estos recursos no necesariamente han sido utilizadas para la implementación de otras políticas sociales.

Esta realidad también ha venido acompañada de procesos violentos de apropiación territorial, sobretodo de los territorios de los pueblos indígenas; de daños ambientales, en especial debido al tipo de acti-

vidad en sí. En este punto, resulta problemático afirmar un balance positivo del extractivismo petrolero en el Ecuador.

Por lo tanto, al ser una política pública que ha vulnerado derechos humanos y derechos de la naturaleza a través de los años debe reformularse, o en el mejor de los casos, deben plantearse medidas alternativas dentro del contexto de una época post petrolera para el país.

Por ejemplo, Eduardo Gudynas plantea ya un proceso de transiciones de un extractivismo agresivo, como el relatado en este texto, a uno indispensable donde permanecen las actividades necesarias, según condiciones sociales y ambientales, y vinculadas a cadenas productivas nacionales y regionales, para nutrir redes de consumo verdaderamente enfocadas en la calidad de vida (Gudynas, Caminos para las transiciones postextractivistas, 2012, 176).

Esto es una tarea larga y compleja puesto que requiere el trabajo tanto de la sociedad como del Estado. El papel del Derecho en este tema también debe replantearse, puesto que es posible avistar todavía tensiones en la Constitución respecto a una visión mercantilista de los recursos naturales que permite su explotación frente a la otra, que maneja una búsqueda del Buen Vivir en el cual seres humanos y naturaleza vivan en armonía a través del goce efectivo de sus derechos. En este sentido, debe cambiar las dinámicas en cuanto a la estructura económica del país y al relacionamiento del Estado con las comunidades donde existan proyectos extractivos y la sociedad en general.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acción Ecológica. (2011). *Ampliación de la frontera petrolera: Traición al Sumak Kaysay*. Quito: Acción Ecológica.

Acción Ecológica. (2015). *Explotación Petrolera en el bloque 28 afectaría cuencas hídricas del centro sur de la Amazonía*. Obtenido de http://www.accionecologica.org/editoriales/1799-explotacion-petrolera-en-el-bloque-28-afectaria-cuencas-hidricas-del-centro-sur-de-la-amazonia

Acosta, A. (2000). *Ecuador post petrolero*. Quito: Acción Ecológica.

Acosta, A. (2006). *Breve Historia Económica del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.

Acosta, A. (2009). *La maldición de la abundancia*. Quito: Abya Yala.

Acosta, A. (2009). *La maldición de la abundancia*. Quito: Ediciones Abya-Yala.

Acosta, A. (2015). Después del saqueo: Caminos hacia el posextractivismo. En Fundación Heinrich Böll, *Más allá de la sobreexplotación - Alternativas latinoamericanas al extractivismo* (p. 12-17). America Latina: Fundación Heinrich Böll.

Acosta, A. (2015). *Poscrecimiento y Posextractivismo: Dos caras de la misma transformación cultural*. Obtenido de La Línea de Fuego: http://lalineadefuego.info/2015/03/31/poscrecimiento-y-posextractivismo-dos-caras-de-la-misma-transformacion-cultural-por-alberto-acosta/

Acosta, A., Aguilar, M., Quevedo, C., Spurrier, W. y Marchán, C. (1986). *Ecuador: petróleo y crisis económica*. Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, ILDIS.

Aleman, A. (2001). Community, Higher Education and the Challenge of Multiculturalism. *Teachers College Record*.

Almeida, A. y Proaño, J. (2008). *Tigre, Águila y Waorani. Una sola selva, una sola lucha*. Quito: Acción Ecológica.

Araujo, A. (2016). Dos contratos petroleros se firmarán la próxima semana. *El Comercio*. Obtenido de: http://www.elcomercio.com/actualidad/contratos-petroleros-firmaran-ecuador-hidrocarburos.html.

Ávila, R. (2011). El derecho de la naturaleza: fundamentos. En C. Espinosa Gallegos-Anda, & C. Pérez Fernández, *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos* (p. 35-74). Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Ávila, R. (2011). *Neoconstitucionalismo transformador*. Quito: Abya Yala.

Ávila, R. (2012). Aproximaciones: nuevas construcciones de indicadores. En F. Cevallos, *Educación y buen vivir. Reflexiones sobre su construcción* (p. 153-155). Quito: Contrato Social por la educación en el Ecuador.

Azamar, A. y Ponce, J. I. (2014). Extractivismo y desarrollo: Los recursos minerales en México. *Revista Problemas del Desarrollo*, 137-158.

Bahá'í International Community. (1995). *The Prosperity of Mankind*. Haifa: Baha'i International Community.

Banco Central del Ecuador. (1990). *La actividad petrolera en el Ecuador en la Década de los 80*. Quito: Subgerencia de Publicaciones Técnicas. Gerencia Técnica del Banco Central del Ecuador.

Chemerinsky, E. (2015). *Constitutional Law principles and policies*. New York: Wolters Kluwer.

Coatsworth, J. H. (2004). Globalization, Growth, and Welfare in History. En Suárez-Orozco, M. M. y Qin-Hilliard, D. B. *Globalization Culture and Education in the New Millennium*. London: University of California Press, Ltd.

Colectivo Geografía Crítica del Ecuador. (2017). *Colectivo Geografía Crítica del Ecuador*. Obtenido de https://geografiacriticaecuador.org/2014/04/09/manifiesto-de-la-geografia-por-el-yasuni-el-1x1000-no-existe-en-el-territorio/

Corte Constitucional del Ecuador, Caso 0004-10-SIN-CC, 0004-10-SIN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 29 de Abril de 2010).

Corte Constitucional del Ecuador, Caso 001-09-SEE-CC, 001-09-SEE-CC (Corte Constitucional del Ecuador 20 de Febrero de 2009).

Corte Constitucional del Ecuador, Caso 001-12-SIC-CC, 001-12-SIC-CC (Corte Constitucional del Ecuador 25 de Enero de 2012).

Corte Constitucional del Ecuador, Caso 015-10-SEE-CC, 015-10-SEE-CC (Corte Constitucional del Ecuador 8 de Julio de 2010).

Dávalos, P. (2013). *Las falacias del discurso extractivista*. Obtenido de América Latina en movimiento online: http://www.alainet.org/images/Las%20falacias%20del%20extractivismo_PD.pdf

Dávalos, P. (2014). *Alianza PAIS o la reinvención del poder. Siete ensayos sobre el posneoliberalismo en el Ecuador*. Bogotá: Ediciones desde abajo.

Dye, T. (2012). *Undestanding Public Policy*. New Jersey: Prentice Hall.

El Universo. (2015). Finanzas anuncia nuevo recorte en presupuesto de Ecuador del 2015: $ 800 millones.

Eslava, J. y Puente, C. (s.f.). Análisis de las políticas públicas: una aproximación desde la teoría de los sistemas sociales. CENDEX.

Facultad de Economía de la PUCE. (2015). *Reporte de Consistencia Macroeconómica*. Quito: PUCE.

Franco, J. C. (2006). Responsabilidad cultural: el reto de la inclusión de los derechos culturales. En G. Fontaine, *Petróleo y Desarrollo Sostenible en Ecuador* (275-186). Quito: FLACSO Ecuador, ILDIS-FES, Petrobras Ecuador.

Fundación Heinrich Böll. (2015). *Más allá de la sobreexplotación - Alternativas latinoamericanas al extractivismo*. América Latina: Fundación Heinrich Böll.

Fundación Mil Hojas. (2015). Así *Ecuador dejó de ser un país petrolero*. Obtenido de Plan V: http://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/asi-ecuador-dejo-ser-un-pais-petrolero/pagina/0/1

Gonzáles, A. (2008). *El tema de los indicadores en las políticas públicas de derechos humanos -propuestas para su conceptualización y abordaje-*. Obtenido de Repositorio UASB: http://hdl.handle.net/10644/1000

Gordillo, R. (2003). ¿El Oro del Diablo? *Ecuador: historia del petróleo*. Quito: Corporación Editora Nacional.

Gudynas, E. (2009). Diez tesis urgentes sobre el nuevo extractivismo. Contextos y demandas bajo el progresismo sudamericano actual. En Varios Autores, *Extractivismo, política y sociedad* (187-225). Quito: Centro Andino de Acción Popular y Centro Latino Americano de Ecología Social.

Gudynas, E. (2012). Caminos para las transiciones postextractivistas. En Alayza, A. y Gudynas, E. *Transiciones: Postextractivismo y alternativas al extractivismo en el Perú* (165-192). Lima: Red Peruana por una Globalización con Equidad – RedGE / Centro Peruano de Estudios Sociales – CEPES .

Gudynas, E. (2013). Extracciones, extractivismos y extrahecciones. Un marco conceptual sobre la apropiación de recursos naturales. *Observatorio del Desarrollo*, 1-18.

Harvey, D. (2005). El "nuevo" imperialismo: acumulación por desposesión. *Socialist register*, 99-129.

Heibert, P. G. (1983). *Cultural Anthropology.* Cite: Baker Book House.

Hernández, I., Rodríguez, M. C. y Moreno, Á. (2004). Mercado vs. Estado: un debate inconcluso. *Economía y Desarrollo*, 39-52.

Hofstede, J. G. and Pedersen, P. B. (2002). *Exploring Culture*. Maine: Intercultural Press Inc.

Huntington, S. P. (2003). *The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order.* New York: Simon & Schuster Paperbacks.

Játiva, J. (2010). *Plan de desarrollo del campo Tumali--Petroamazonas.* Quito: Escuela Politécnica Nacional.

Kelman, S. (1992). *La Política Pública en el Estado Moderno.* (C. Piña, Trad.) Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

Kohls, L. R. (1996). *Survival Kit for Overseas Living: For Americans Planning to Live and Work Abroad*. Yarmouth: Intercultural Press.

Kowii, A. (2014). Sumak Kawsay, la palabra usurpada. *Plan V.* 5p.

Larrea, C. (2015). El Buen Vivir frente a las nociones convencionales de desarrollo. Quito.

Lenzerini, F. and Borelli, S. (2012). *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law.* Leiden: Brill.

Lobos, D. A. (2013). Los territorios de la desposesión: los enclaves y la logística como territorialización del modelo extractivo sudamericano. *Revista NERA*, 43-54.

May, C. I. (2013). *Constitutional Law National Power and Federalism*. New York: Wolters Kluwer.

Mazabanda, C. (2013). *Consulta Previa en la Décimo Primera Ronda Petrolera - ¿Participación masiva de la ciudadanía?* Quito: Fundación Pachamama.

Melo, M. (2010). Derechos de la Pachamama: un paradigma emergente frente a la crisis ambiental global. *Aportes Andinos* No. 27, 7p.

Melo, M. (2012). La nueva ronda petrolera y el derrumbe del paradigma constitucional. *Horizonte de los derechos humanos, Ecuador* 2012, 103-117.

Ministerio de Hidrocarburos. (2015). *La inversión en el sector petrolero garantiza sostenibilidad de ingresos para el Estado*. Obtenido de http://www.hidrocarburos.gob.ec/la-inversion-en-el-sector-petrolero-garantiza-sostenibilidad-de-ingresos-para-el-estado/

Molina, E. (2014). Los efectos jurídicos de la reforma a la Ley de Hidrocarburos, publi*cada en el Registro Oficial No. 244, en los contratos de prestación de servicios entre el Estado ecuatoriano y las operadoras de exploración y explotación de hidrocarburos*. Quito: PUCE.

Mukherjee, J. (2014). Conflict Resolution in Multicultural Societies : The Indian Experience. New Delhi: SAGE Publications India Pvt Ltd.

Naciones Unidas. (2012). *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y la aplicación*. Nueva York & Ginebra: Naciones Unidas.

Nederveen Pieterse, J. (2007). *Ethnicities and Global Multiculture: Pants for an Octopus*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.

Nordgren, R. (2002). Globalization and Education: What Students Will Need To Know And Be Able To Do In The Global Village. *The Phi Delta Kappan*, 318-321.

Oilwatch. (2001). *La manera occidental de extraer petróleo*. Quito: Oilwatch.

Oxfam Internacional. (2009). *Contra la 'Maldición de los Recursos' Naturales. Cómo pueden y deben beneficiarse las personas pobres de la renta de las extractivas*. Obtenido de Informe de Oxfam: http://www.extractivismo.com/documentos/OxfamContraMaldicionRentaExtractivas.pdf

Petit Primera, J. G. (2013). La teoría económica del desarrollo desde Keynes hasta el nuevo modelo neoclásico del crecimiento económico. *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, 123-142.

Pollock, D. C. and Van Reke, R. E. (1999). *The Third Culture Kid Experience-Growing Up Among Worlds*. Maine: Intercultural Press, Inc.

Rapto, 665 - 06 (Corte Nacional de Justicia Primera Sala de lo Penal 30 de Octubre de 2006).

Redacción Plan V. (2015). *Las diez posibles salidas a la crisis económica según Ortiz*. Obtenido de http://www.planv.com.ec/historias/politica/diez-posibles-salidas-la-crisis-economica-segun-ortiz

Ruiz Vieytez, E. J. (2014). *United in Diversity? : On Cultural Diversity, Democracy and Human Rights*. Bruxelles: P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales.

Santos Ragus, E. J. (2007). *Perceptions of Language Educators About Global Education as part of the Content-Based Learning in Teaching English as a Foreign Language*. Obtenido de Tesis de Maestría Universidad San Francisco de Quito: http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/260

Scott, E. P. (2007). *The Difference - How the Power of Diversity Creates Better Groups, Firms, Schools, and Societies*. New Jersey: Princeton University Press.

Secretaría de Hidrocarburos. (2016). *Ronda Sur Oriente*. Obtenido de http://www.rondasuroriente.gob.ec/

SENPLADES. (2009). PNBV. *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*. Quito: SENPLADES.

SENPLADES. (2011). Guía para la Formulación de Políticas Públicas Sectoriales. Quito: Suplemento del Registro Oficial N° 184.

SENPLADES. (2013). *Empresas Públicas y Planificación. Su rol en la transformación social y productiva*. Quito: SENPLADES.

SENPLADES. (2013). PNBV. *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017.* Quito: SENPLADES.

Serrano Narváez, H. (2013). *Caso Chevron-Texaco: cuando los pueblos toman la palabra*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Skelton, M., Wigford, A., Harper, P. and Reeves, G. (2002). Beyond Food, Festivals, and Flags. *Educational Leadership Journal, 60.*

Svampa, M. (2013). «Consenso de los Commodities» y lenguajes de valoración en América Latina. *Nueva Sociedad No 244*, 30-46.

Tied, P. L. and Tied, I. M. (2002). *Multicultural Teaching*. Boston: PEC.

Wright, R. (2010). *The Moral Animal*. New York: Pantheon Books.

Recibido: 12/02/2017
Aprobado para publicación: 27/05/2017

Felipe Castro León (LL.B, LL.M): Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Responsable del Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador y de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador.

Correo electrónico: fcastroleon@gmail.com

Dimensiones de los Derechos Humanos en el Cambio Climático: Sinergias y Salvedades

Human Rights Dimensions in Climate Chamge: Synergies and Caveats

Dr. Juan Auz Vaca
Investigador Jurídico, Fundación Pacha Mama

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 137-162, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El cambio climático enlaza serias amenazas al disfrute de los derechos humanos en todo el mundo, especialmente en los sectores más vulnerables de la sociedad. Esto implica que los Estados tienen deberes positivos y negativos al proteger los derechos sustantivos y procesales en este contexto. Sin embargo, existen varios desafíos legales cuando se utilizan los derechos humanos para abordar los efectos del cambio climático. Dichos desafíos son en su mayoría palpables, no sólo en los casos nacionales y regionales de derechos humanos relacionados con el cambio climático, sino también en las medidas de mitigación del cambio climático como una amenaza latente para los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Cambio Climático, Derechos Humanos, Derecho Ambiental, regulación regional, regulación

ABSTRACT: Climate change poses serious threats to the enjoyment of human rights around the world, particularly for the most vulnerable members of society; hence, states have positive and negative duties when safeguarding substantive and procedural rights in this context. However, there are several legal challenges when human rights law is used to address the effects of climate change. Said challenges are mostly tangible, not only for climate change-related cases in domestic and regional human rights law situations, but also as regards climate change mitigation measures as a potential threat to human rights.

KEY WORDS: Climate Change, Human Rights, Environmental Law, regional regulation, regulation.

INTRODUCTION

Within International Law Human Rights has arisen as an anti-thesis to international political catastrophes, aimed at protecting those most vulnerable by alleviating international distress through the use of an ethical discourse in order to seek remedial measures and prevent further harm. It is a form of reinventing humanism to "self-impose disaster behind" (Moyn, 2010, 87). The most obvious example of this interpretation is the creation of the Universal Declaration of Human Rights, born after World War II. In this context, human rights could be also deemed a counter-narrative, a tool for empowerment and an instrument to allow for the balance of power.

The conclusion of this historical lesson is that human rights violations are caused by a plethora of reasons. Under this logic, it would not be out of context to view Greenhouse Gas (GHG) emissions, which cause climate change, as a source currently impacting the enjoyment of human rights for millions of people around the world (OHCHR, 2009, 16). This confirms that a global concern of worldwide consequences should be addressed by all states, by adopting both preventive and corrective measures in order to fully tackle the problem. This focus is parallel to other global-scale problems such as slavery, torture and genocide –which were dealt with by adopting international treaties, prohibiting these practices, now considered as erga omnes obligations– (Shaw, 2008, 275), not only in the sense that major political volition is needed in order to see significant results, but also because viewing climate change as a human rights problem might provide "greater moral urgency and appeals to an additional constituency beyond environmentalists" (Bodansky, 2010, 518).

It should be taken into consideration that enormous international efforts have been made so far for tackling climate change; from the universally endorsed UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), to the Kyoto Protocol and the numerous decisions by the Conference of the Parties of both instruments. However, a human rights approach to this global issue is still considerably lacking (S. McInerney-Lankford, M. Darrow and L. Rajamani, 2011, 8).

This gap, however, is being filled with important but relatively new discussions being engaged in by academics (S. McInerney-Lankford et al., 2009), the Human Rights Council (HRC, 2008; HRC, 2009; HRC, 2012; HRC, 2014; HRC, 2015) and its Special Procedures (UNGA,

2009; HRC, 2014), the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR, 2009), the World Bank (S. McInerney-Lankford et al., 2009), to some extent regional human rights mechanisms (IA-CHR, 2006) and more recently, with the ratified Paris Agreement (UNFCCC, 2016).

Virtually all of these academic commentators and institutions, based mostly on the scientific findings of the fourth and fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (R.K. Pachauri and A. Reisinger, 2007; R.K. Pachauri and A. Reisinger, 2014), have stated that there is almost no trace of doubt that the effects of climate change have a detrimental effect on substantive rights, such us inter alia, the right to life, health, safe drinking water and sanitation, adequate food, adequate housing, self-determination and the right to development (HRC, 2014). Most of these rights, which are classically associated with Economic, Social and Cultural rights – which give rise to the positive and negative duties of the state in ensuriing that their citizens have their basic needs fulfilled – (Fredman, 2008) are enshrined in various international and regional human rights instruments, with the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) being the most globally endorsed of these (http://indicators.ohchr.org). In addition to the aforementioned category of rights, procedural human rights are also at stake in the context of climate change: in the sense that the importance of guaranteeing the rights of access to information, participation and consultations in relevant decision-making processes and judicial appeals is central to the protection of other rights (ECtHR, 2005; Aarhus Convention, 1998; Rio declaration, 1992).

The underlying issue is that while both sets of rights –substantive and procedural– entail duties for states, it is still not sufficient to evidence the embodiment of these duties under the light of climate change and the extent of differentiation with other environmental duties. This theoretical legal implication becomes more complex when practical shortcomings appear, such as the apparent incompatibility of climate change-related bother to people and property in relation to the nature of the interpretation and application of human rights law. Moreover, both kinds of hindrances have different outcomes when applied in the context of international law, which may be distinct from domestic fora. Another relevant issue is that, following the emergence of the climate regime, many of the decisions made by the Conference of the

Parties (COP) to mitigate negative effects have also had repercussions on human rights around the world; especially in local communities.

It is worth mentioning that apart from the petition of the Inuit –a Canadian indigenous– which was presented before the Inter-American Commission of Human Rights in an effort to push the US to ratify the Kyoto Protocol as a measure to reduce the negative effects of climate change which have repercussions in the enjoyment of their human rights (S. Watt-Cloutier, 2005), there is no other international case where climate change and human rights are so firmly intertwined, demonstrating the practical innovation of this approach in relation to the climate change regime's years of existence.

With that in mind, the first part of this essay will briefly address the effects of climate change on the enjoyment of human rights, emphasizing the key point brought up by the European Court of Human Rights (ECtHR) in the Öneryildiz v. Turkey case (ECtHR, 2004), with respect to the indistinctive use of the positive and negative duties of states when safeguarding substantive and procedural rights in the context of climate change. The second part will touch upon the legal challenges of utilizing international human rights law to address the effects of climate change, bearing in mind the recognition of the International Court of Justice (ICJ) with respect to the general obligations of states to prevent environmental harm to other states as part of the corpus of international law relating to the environment (ICJ, 1996). The third part will cover the approaches of human rights law to address climate change related cases in domestic and regional human rights law situations. The fourth and final part will address the issue of climate change mitigation measures as a potential threat to human rights, especially the case of the mechanism to "Reduce Emissions from Deforestation and Forest Degradation, and foster Conservation, Sustainable Management of Forests, and Enhancement of Forest Carbon Stocks" (REDD+) in local communities.

1. CLIMATE CHANGE AS A MENACE TO SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL RIGHTS

The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the ICESCR, regarded as international human rights law "frameworks", alongside regional human rights treaties such as the African Charter on Human and Peoples' Rights, the European

Convention on Human Rights and the American Convention on Human Rights, establish substantive and procedural duties on states, which are comprised of three responsibilities: to respect, to protect and to fulfil rights (Haas, 2014).

The obligation to respect is considered "negative", which basically means that states must abstain from intervening in activities that might harm human rights. One good example of this obligation is that states should not be involved in acts conductive to violation of the right to life. Conversely, the obligations to "protect" and "fulfil" are related to positive duties, which means that states should take measures, policies, legislation and resources to safeguard rights—for example, laws to encourage education programs, public healthcare policies and so forth. Substantive and procedural rights therefore must be safeguarded through both positive and negative duties from states.

When analyzing procedural rights violations in the context of environmental damage, states not only have the duty to refrain from actions that could imply a risk to human rights, but generally, they also have the duty to establish legislative or administrative measures to regulate or control the activities of private and public actors within their jurisdictions in order to avoid potential environmental harm. For instance, the duty to regulate activities of non-state and state actors by requiring the completion of an Environmental Impact Assessment (EIA) –which generally entails a participatory phase– is considered as international state practice in order to determine all the factors that a certain activity implies in terms of potential harm to people, property and the environment (Okowa, 2000: 132). When states argue that they have complied with this duty before a human rights court, it is most likely that the court will either partially or totally redeem the state from a wrongdoing.

This view is supported by the judgment in *Taskın and Others v. Turkey*, which stresses that investigations, studies, public access to information for such investigations, and judicial or administrative recourses to appeal decisions must be in place at the time of deciding issues of environmental and economic policy which "might damage the environment and infringe individuals' rights" (ECtHR, 2005).

Article 2 of the Aarhus Convention and Principle 10 of the Rio Declaration, likewise resonate with the aforementioned duty of states to fulfil the right of access to information, participation in

decision-making and access to justice in environmental issues without any kind of discrimination.

These procedural rights are also stressed in article 6 of the UNFCCC, stating that parties to the convention shall promote and facilitate, at national, sub-regional and regional levels, public access to information and public participation regarding the effects of climate change and measures to address it.

Procedural rights should thus also be respected in the climate change context by allowing constituents full access to information regarding climate change. This means that if a country is part of the climate change regime –by having ratified the UNFCCC–, it may be in non-compliance concerning its legal obligations as a result of not deploying any sort of measures to ensure public dissemination and participation regarding climate change and its effects. However, what it is still problematic is that this exercise might be limited to a domestic forum only, and even there, the cause that triggers the petition could be difficult to determine. Also, it is quite unrealistic that someone sue a state for not having provided information about climate change and its effects, while at the same time using the same information which is claimed to be absent.

There might be, however, an opportunity to assert that procedural rights are not being respected, since adequate measures to participate in the decision-making process are not being entirely implemented. The problem here is the determination of what should be considered a mechanism for participation. Here, the report on Climate Change and Human Rights elaborated by the OHCHR (2009), sheds light on the matter by saying that "adequate and meaningful consultation with affected persons should precede decisions to relocate people away from hazardous zones." This interpretation sets an obligation regarding consultations in the event of an emergency adaptation measure; in this case, relocations due to a potential catastrophe attributed to climate change. Hence, were States to foresee the potential risk of a climate event in a specific location without conducting a good-faith consultation process, the risk of breaching international human rights law obligations would be highly likely, especially if this hypothetical climate event damages property, degrades the environment and causes loss of life.

The situation is slightly more complex within the realm of Economic, Social and Cultural rights than in Political and Civil Rights, since most of these types of rights demand several actions that states should address, entailing multiple constantly interacting factors, including the deployment of economic resources; in this sense, some states are better suited than others to fulfil their duties. Article 2 of the ICESCR, stresses that states, individually or through cooperation, and to the extent of their capabilities, shall progressively achieve the full realization of the rights within the Covenant.

Taking into consideration the mentioned article, one of the most evident links between substantive states' duties and the climate regime is that they both recognize the principle of common but differentiated responsibilities; which means that all actions that states shall implement to fulfil their duties, arising either from the ICESCR or the UNFCCC, will depend on a country's particular context, including its economic background. However, this could be problematic when addressing climate change from a human rights perspective for various reasons. First, according to the Report on Human Rights and Climate Change by the OHCHR (2009) and the Report on the effects of Climate Change on the full enjoyment of Human Rights elaborated by five different United Nations Special Rapporteurs (UN Special Procedures, 2015), the impacts of climate change, and therefore on the enjoyment of human rights, will be more evident in vulnerable groups, located in poor communities dispersed along developing countries. Consequently, developing countries shall bear the burden of not only employing their limited resources to fulfil their duties by shouldering the creation of laws, policies and institutions to address the issues—possibly not directly caused by them—but also of assuming the remedies for the victims of those human rights violations if a case is brought before a national court. Secondly, the procedural right to a judicial appeal could also be threatened in developing countries, since a great number of legal actions that could potentially arise due to climate change, could eventually lead to a collapse of the domestic judicial system, leaving many victims defenseless. Thus, the lesson here is that, while addressing some categories of human rights within a domestic human rights court is feasible, a heavy burden is allocated to developing countries.

In this context, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, the treaty body of the ICESCR, has said that even if states could claim the lack of resources to fulfil their duties, certain "core

obligations" are still expected in specific cases, which means that states must demonstrate that they "act in good faith to take such steps" (Committee on ESC Rights, 2015) in order to "distinguish the inability from the unwillingness of a State party to comply with its obligations" (Committee on ESC Rights, 2015). However, the difficulty of complying with this standard is that not all rights will have equal core provisions in a climate change context. For instance, in the milieu of flooding in a developing country, the threshold for setting the core obligation with respect to the right to water and sanitation or food will be lower than, perhaps, the right to housing or health. This demonstrates a relevant issue: that sometimes, human rights courts refrain from developing in depth judgments regarding environmental matters, because courts are "well-suited to safeguard procedural rights, but may lack the resources and expertise, as well as the political mandate, to determine specific levels of environmental protection" (Committee on ESC Rights, 2015).

2. THEORETICAL AND PRACTICAL CHALLENGES OF USING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW TO ADDRESS THE EFFECTS OF CLIMATE CHANGE

The complexity of addressing climate change through a human rights perspective lies in the fact that climate change is a complex system, with numerous and differing repercussions around the world. Floods, droughts, and rising sea levels are all real case scenarios, but it is no easy task to claim with certainty who is the responsible for such catastrophes, and to what extent those victims could be considered in strict rigor to be human rights victims.

Human rights law has some basic principles that are accepted among regional systems: domestic jurisdiction, exhaustion of domestic remedies, and priorities of rights, among others. These principles might be conflictive when trying to apply a human rights approach to climate change effects. As an illustrative example, the rule of the exhaustion of domestic remedies, which allows states to "solve their own internal problems in accordance with their own constitutional procedures before accepted international mechanisms" (Shaw, 2008: 273) can generate delays when victims of climate change may want to pursue justice in regional courts, in the case that their domestic courts fail to respond to their claims.

However, focusing now on the general duties of states to respect, protect and fulfil human rights from an international perspective, it is worth examining if states are perhaps already taking steps to comply with their international duties within the climate regime by adopting mitigation and adaptation measures through COP decisions—thus satisfying the obligation of the due diligence deemed, according to the International Law Commission, as an obligation of states to "take preventive or minimization measures"; which will not guarantee the total prevention of significant harm to other countries, but will be considered state's "best possible efforts to minimize the risk" (International Law Commission, 2001:154). This obligation resonates with procedural duties by which states are bound regarding human rights. When procedural duties—such as access to information, consultations with stakeholders and judicial appeal—are implemented, the risk of committing a human right violation lessens, and the obligation of due diligence is fulfilled. The relevance of this point is that, while trying to address climate change effects through human rights law, states can argue that by adopting COP decisions they are complying with international human rights law, even if the language and perspective of human rights is absent. Here, the legal implication is that a human rights court considering a case in the context of climate change must weigh whether the mitigation and adaptation measures accepted and implemented by a state through a COP negotiation are sufficient to discharge an alleged breach of international human rights law.

Another valid point of discussion is that human rights law was primarily designed for human rights victims under the jurisdiction of a state which breaches its obligations to respect, protect and fulfil human rights. This view is supported by the *Bankovic* case, where the ECtHR stated that "the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional" (ECtHR, 2001), thus providing a legal hindrance in a climate change context. Moreover, the Court stressed the applicant's point as invalid, by stating that it is incorrect "that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State" (ECtHR, 2001). Here, the evident consequence is that "if the protection from human rights treaties is dependent upon states acting within their jurisdiction, the danger is that extra-jurisdictional acts can be carried out without responsibility being triggered" (Skogly, 2010; 93), thus freeing countries that emit the most GHGs from any responsibility.

However, an interesting argument has been identified by John Knox (2009) regarding certain extra-territorial duties of states with respect to human rights in a climate change context. He says that while most rights embedded in the ICCPR and the ICESCR must be safeguarded within each state's jurisdiction, there is an opportunity to argue in favor of small islands states such as the Maldives, whose territories are at risk of total disappearance. Both the ICCPR and the ICESCR enshrine the right to self-determination, which entails the freedom to determine states' own political status and their economic, social and cultural development. Since in theory this right is not subject to a specific jurisdiction, all countries have an obligation to respect the self-determination of their peers. Taking into consideration that, for these vulnerable states, climate change is a threat to the entire existence of their territories, a complete violation of their right to self-determination could become a reality. Thus all countries, especially big emitters such as the United States, European Union and China, could be held responsible for not taking preventive measures, and could possibly face human rights complaints within their own jurisdictions.

Here, it goes without saying that "only governments can bring claims against another state for violations of general international law2 (Boyle, 2012: 634), narrowing the scope of application of international human rights law regarding climate change in an inter-state dispute. Additionally, human rights law is established as a mechanism "to address direct entitlements and violations, most often at an individual level, even if some group or collective rights are recognized" (McInerney-Lankford, 2013: 233). In this sense, if climate change is a global problem that affects millions of people around the world, then handling it on a case-by-case basis will deter a coordinated response to tackling "extraterritorial effects of domestic actions" (Knox, 2009, 52).

One of the most difficult challenges in addressing climate change through the lens of human rights is to find a logical method to prove causation. Since climate change is a phenomenon that is caused by virtually everyone, it would be extremely complex for a court to deem a particular country responsible for damages or human rights violations in a certain area. And the "multiple states' complicity" does not provide a strong basis of contention within the human rights arena, since "international human rights bodies, whether entrusted to provide binding or non-binding decisions, either hold a state responsible or not responsible" (Harrington, 2007, 527).

Also, as the Report of the OHCHR (2009) on climate change and human rights states: "global warming is often one of several contributing factors to climate change related effects", thus rendering it almost "impossible to establish the extent to which a concrete climate change-related event with implications for human rights is attributable to global warming".

Finally, most of the devastating climate change negative impacts will occur in the future, in the scenario in which countries surpass their national GHG emissions quota and a global temperature of 2°C is reached.

3. CLIMATE CHANGE AND HUMAN RIGHTS IN DOMESTIC AND REGIONAL JURISDICTION

From what has been stated so far, a human rights approach to climate change in strict legal rigor may face numerous challenges and imply a disparate burden for developing countries and vulnerable groups. However, there are certain cases in which national and regional litigation, along with a creative use of national/regional law, have the potential to achieve a strong legal basis in countering the reluctance of states to implement preventive measures that protect and fulfil human rights.

What should be considered, however, is that regional courts and tribunals do have a saying with regards climate change; although within the boundaries of a specific international convention. The role they could play might expand such confines, however, thus contributing to "a change of consciousness" (Sands, 2016). This view should not be embraced without its caveats, though, since every advancement that might be driven by courts is anchored by the rigid weight of principles and processes.

Let us not forget that a general principle of international human rights law is that claimants should exhaust national remedies, as a "method of permitting states to solve their own internal problems in accordance with their own constitutional procedures before accepted international mechanisms can be invoked" (Shaw, 2008: 273), which means that human rights cases that draw upon environmental issues, or more specifically, upon climate change effects, will be contended on the same factual and legal arguments. For instance, if the right to life is violated due to the failure of a state to take preventive measures

in the context of an environmental catastrophe, claimants seeking justice will take legal actions within the negligent state's jurisdiction; if the state's administrative or judicial system is not able to provide for integral redress, the claimants, depending on their regional human rights system, can file a petition before a regional human rights court. This has been the rationale behind several emblematic cases in different regional human rights systems, where environmental harm has triggered the use of human rights law.

The Report by the OHCHR on Human Rights and Climate Change (2009) dedicates an entire section to national obligations regarding climate change, which includes fundamental insights regarding the role of states as the first protectors of human rights, and the scope of this approach as a mechanism for providing effective measures to address the impacts of climate change. In addition, it draws upon the role of the state as an accountable entity through which citizens can file their claims when acts or omissions fail to protect them against loss of the enjoyment of human rights, due to climate change effects.

A clear real case example, which could be transposed to other analogous cases related to climate change, is the *Budayeva v. Russia* case before the European Court of Human Rights (2008), which stressed that no justification was found for the state's failure to fulfil its duty for land-planning and emergency planning in the face of foreseeable environmental risks, leading to the death of Vladimir Budayeva due to a mudslide. The Court deemed that Russia failed to implement its "positive obligation to establish a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life as required by Article 2 of the Convention." (ECtHR, 2008). When interpreting this case in the context of climate change, it is important to remember that while certain states are less responsible in contributing to the GHG emissions that are the primordial cause of climate change threats, this is no excuse for refraining from protecting individuals against those threats; and if a lack of resources may be a problem in achieving this, the standard of due diligence in this regard is still to seek assistance from other states (Knox, 2009, 37).

Adapting this duty to an extraterritorial context, "human rights law still imposes duties on states to address the internal effects of climate change and constrain their possible responses to "" (Knox, 2009, 6). This internal duty shall also be addressed in the case of transboundary claimants, affected by the pollution of a neighboring state, who can

make use of the national redress available and "resort to international or regional human rights law when necessary to compel the polluting state to enforce its own court orders or laws" (Boyle, 2012, 39).

The strategy of using domestic courts to seek human rights redress, by arguing that climate change is also a determining factor at the core of the dispute, is an evolving practice, particularly when domestic courts are heterogeneous enforcers of international law in general and human rights matters in particular; this providing that their interpretation can solidify or unify assorted international norms (Cantú Rivera, 2015, 318), including those where a link between climate change and human rights is evident.

One emblematic case that grapples with the failure of the duty of environmental care by a national government in respect to a foreign private company and involves encroachment on the human rights of local communities *is Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd* et al.. Here, while the case was focused mainly on the localized harms arising from gas flaring, emitted by the Nigerian subsidiary company of Shell Oil, the applicants for the national recourse included climate change as a resultant effect of gas flaring (Osofsky, 2010: 191). The judge ordered that the respondents take immediate steps to stop the further flaring of gas in the applicants' community (Gbemre vs Shell, 2005).

A recent and widely-acclaimed case is that of *Urgenda Foundation v. Government of the Netherlands*, in which the Dutch District Court, on June 2015, "held that the Dutch government has a duty of care towards the plaintiffs to mitigate the likelihood of dangerous anthropogenic climate change" (Van Zeben, 2015, 341). The difference between the *Gbemre v. Shell* case and this one, is that here the court ordered the "reduction of GHG emissions for reasons other than statutory mandate" (Van Zeben, 2015, 347), thus "establishing an infringement of the duty of care of the Dutch government, taking into account that a foreseeability and likelihood of damage could be deemed, considering the high risk that climate change entails; thus holding that mitigation is essential in preventing climate change" (Van Zeben, 2015, 348).

This climate litigation trend in some countries has increased since *Urgenda*, even in countries that produce the majority of GHG, like the United States. For instance, in *Kelsey Cascadia Rose Juliana, et al., v. United States of America*, et al, a group of 21 young plaintiffs

and environmental advocates filed a constitutional climate lawsuit before the U.S. District Court for the District of Oregon in 2015 against the United States, President Barack Obama, and numerous executive agencies, including the Environmental Protection Agency (EPA), alleging deliberate omissions in controlling atmospheric CO2 concentrations (Steiner, 2017).

The plaintiffs also contend a violation of their constitutional due process and public trust rights by the federal government and demand the deployment of a plan to cut down carbon emissions (Scanlan K., n.d.).

The case was firstly reviewed by Magistrate Judge Thomas F. Coffin, who in April 2016, denied the intervenors' and government's motion to dismiss, granting the plaintiffs a leeway to pursue their case under judiciary proceedings. Moreover, Magistrate Coffin asserted that courts should "evaluate the constitutional parameters of the action or inaction taken by the government. This is especially true when such harms have an alleged disparate impact on a discrete class of society." (U.S. Magistrate Judge Thomas Coffin, 2016).

In addition, the Magistrate did acknowledge the question of separation of powers, in which the judiciary might be entering into the domains of the executive power by way of proposing public policies, a problem which resonates with the shortcoming discussed above about how ill-equipped courts might be to develop detailed environmental policies. To this, Coffin admitted that drawing specific regulations might transcend the expertise of the court; nonetheless, it can "direct the EPA to adopt standards that prevent the alleged constitutional harm to the youth and future generation plaintiffs, should plaintiffs prevail in demonstrating such is possible" (U.S. Magistrate Judge Thomas Coffin, 2016).

Months later, in November 2016, Oregon District Judge Ann Aiken, adopted Coffin's Findings and Recommendation in the same case pursuant to Federal Rule of Civil Procedure, meaning that the defendants' and intervenors' motion to dismiss were once again denied. Judge Aiken, by stating that this was "no ordinary lawsuit", posited that the "right to a climate system capable of sustaining human life is fundamental to a free and ordered society. Just as marriage is the "foundation of the family," a stable climate system is quite literally the foundation "of society" (Judge Ann Aiken, 2016).

Finally, Judge Aiken concluded that allegations regarding the dissatisfaction of plaintiffs, emerging from inadequate relief through citizen suits brought under environmental laws, might be accurate; but that is not the point. The point is to accept that the current action is an atypical environmental case, which is based on the presumption that "defendants' actions and inactions — whether or not they violate any specific statutory duty — have so profoundly damaged our home planet that they threaten plaintiffs' fundamental constitutional rights to life and liberty" (Judge Ann Aiken, 2016). With Judge Aikens' ruling, by rejecting the motion to dismiss, the case can move forward to discovery, summary judgment, and trial (Scanlan K., n.d.).

In the same vein, as in *Juliana v. United States*, in 2014, eight young citizens from Washington State filed a case before King County Superior Court challenging the Washington Department of Ecology's denial of their request to limit GHG emissions in Washington, according to science-based recommendations to protect oceans and climate system (Our Children's Trust, 2014). In June 2015, King County Superior Court Judge Hollis Hill issued her decision in *Zoe & Stella Foster v. Washington Department of Ecology*, ordering the Washington Department of Ecology to reconsider the petition for GHG reductions (Our Children's Trust, 2015).

In December 2016, Judge Hollis Hill ruled that the young plaintiffs can again move forward, now with a constitutional climate rights claim that adds the state of Washington and its governor Jay Inslee as defendants. Judge Hill's ruling follows an earlier hearing at which the plaintiffs asked the court to find the Department of Ecology in contempt for failing to fulfil orders to protect the constitutional rights of young people and future generations to a stable climate (Our Children's Trust, 2016). Notwithstanding, Judge Hill denied the motion for contempt and she did grant the young citizens' request to add claims that the state of Washington and Governor Inslee violated the Washington state constitution and the public trust doctrine, so the young people will "have their day in court" (Honorable Hollis R. Hill, 2016).[34]

34 The Judge further ordered sua sponte that petitioners are granted leave to amend their petition to therein plead a complaint for declaratory judgment or other action, and that the Department of Ecology is violating their rights to a healthy environment, alleging "the emergent need for coordinated science-based action by the State of Washington to address climate change before efforts to do so are too costly and too late" (Honorable Hollis R. Hill, 2016).

Furthermore, within this decision, the cross-fertilization of judgements should be taken into consideration at both the Federal and international levels. Judge Hill cited the precedents in *Juliana, et al. v. United States of America, et al.*: namely the assertion regarding governmental actions or omissions that might substantially damage the climate system in a way that will dramatically alter the planet's ecosystem and human life, which should be interpreted as a claim for due process violation (Honorable Hollis R. Hill, 2016). In that vein, the *Urgenda* case was also referred to in a footnote, where it was noted that an evaluation of the constitutional parameters of the actions or inactions taken by the government was required from courts (Honorable Hollis R. Hill, 2016).

In the *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan* case in 2015, a farmer challenged the inaction of the Federal Government of Pakistan and of the Regional Government of Punjab in light of the challenges and vulnerabilities associated with climate change. The plaintiff argues that despite the National Climate Change Policy and the Framework for Implementation of Climate Change Policy, progress is absent, thus increasing the threats to the Pakistan's water, food and energy security due to climate change, and violating the fundamental right to life under article 9 of the Pakistani Constitution (Syed Mansoor Ali Shah, 2015).

The Lahore High Court declared that climate change has led to dramatic alterations in the planet's climate system, and that in Pakistan in particular, climate effects like heavy floods and droughts are a clarion call for the protection of the fundamental rights of its citizens, especially, "the vulnerable and weak segments of society who are unable to approach this Court" (Syed Mansoor Ali Shah, 2015).

The Court, following the judgments in the United States mentioned above, invoked public trust doctrine as a principle that should be constitutionally read alongside several fundamental rights, like the right to life, which includes the right to a healthy and clean environment and the right to human dignity. Therefore, the Court deemed that delay in the state's implementation of Climate policies offends the fundamental rights of its citizens, which must be safeguarded (Syed Mansoor Ali Shah, 2015).

As a result, the Court ordered all ministries, departments and authorities to name a climate change point person to work with the Ministry of Climate Change and implement Climate Change policies.

To monitor progress, the Court required the creation of a Climate Change Commission comprised of ministries, NGOs and technical experts (Syed Mansoor Ali Shah, 2015).

Even though the above-mentioned cases were to some extent successful in terms of the judges' usage of public trust doctrine and human rights in favour of the plaintiffs, not all domestic litigation cases are decided homogenously. For instance, in 2015, Saúl Luciano Lliuya, a Peruvian farmer from the Andes, filed a lawsuit against the German-based energy company RWE at the Regional Court in Essen (Germany). The lawsuit argues that the Essen-based company is partly responsible for glacial melting in the Andes and thus also for the likely amount of flood waves that might damage the plaintiff's house, which lies at the foot of the mountains (Germanwatch, 2015). The claimant is requesting a payment from RWE that will be invested in safety adaptation measures at the glacial lake Palcacocha, situated above Huaraz, the city affected by climate change where Luciano lives. The payment requested is proportional to the company's contribution to climate change (Germanwatch, 2015).

However, a year after the civil lawsuit was filed, the Regional Court of Essen dismissed the Peruvian's lawsuit by arguing, inter alia, a lack of "legal causality", even though there may be a "scientific causality" (Germanwatch, 2016). This resonates with the challenges that courts might find in determining a causality link between the negative effects of climate change on people and the environment, and the emitters. Though this case did not favour the claimant at the first stage, in January 2017 Mr. Luciano filed an appeal before the Higher Regional Court Hamm demanding a review based on scientific facts that could be steered towards defining legal causality, although the outcome has yet to be seen (Germanwatch, 2017).

As a concluding remark, the potential of bringing a successful claim through litigation before domestic and regional courts, encompassing a human rights redress against the threats of climate change is self-evident, considering that states have stronger provisions under their own regional and domestic jurisdictions, whose scope is better suited for developing progressive precedents than those from international human rights frameworks. It must be noted, however, that heterogeneous methods to interpret the law are an inherent trait among legal systems across states, therefore, not all rulings will favour climate plaintiffs, and negative precedents are always a plausible outcome.

4. PROBLEMS AS SOLUTIONS: REDD+ AS A THREAT TO HUMAN RIGHTS

Apart from the implications that climate change has for the enjoyment of human rights in general, vulnerable groups like women, children and indigenous peoples will face a larger burden of risks regarding the impacts on their livelihoods (UN Special Procedures, 2015). As previously mentioned, the Inuit people filed a petition to the Inter-American Commission of Human Rights regarding the violation of their collective and individual rights, linked to the effects of climate change.

The Inuit petition is a perfect example of the direct brunt that indigenous peoples must face regarding the effects of climate change. However, the impacts on their collective rights can also be felt from other sources interrelated with climate change, and it is the mitigation and adaptation measures that the COP has endorsed so far. It is interesting to note that some COP decisions aimed at tackling climate change can also threat human rights, as in the case of the implementation of the REDD+ mechanism.

In addition to the "universal" human rights instruments, such as the ICCPR and the ICESCR, indigenous and tribal peoples are entitled to special international treaties, with the most relevant being the International Labour Organization 169 Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO 169) and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) (not legally binding). Both normative frameworks include substantive and procedural rights that state parties must safeguard. Special consideration must be given to the rights to management and conservation of the resources within their territories, the right to free, prior and informed consent, and the right to "protect and preserve the environment of the territories they inhabit" (ILO 169, 1989).

However, and given the repercussions of the so-called "fragmentation of international law", the climate regime had not always taken human rights into consideration as a source for its law-making procedures. The creation of the REDD+ mechanism is a case in point (Jodoin, 2016: 166).

Article 4 of the UNFCCC stresses the commitments of all parties to the convention to "[p]romote and cooperate in the development,

application and diffusion, [...] of practices and processes that control, reduce or prevent" GHG emissions in the agriculture and forestry sectors while also promoting and cooperating in "sustainable management, [...] conservation and enhancement [of] forests [...], as well as other terrestrial [...] ecosystems."

Despite this provision, which clearly envisages the protection of forests as reservoirs and carbon sinks, it was not until 2005, when Papua New Guinea and Costa Rica –two developing countries which are deemed as rich in forest resources–, jointly submitted a proposal acknowledging the "climatic importance of deforestation" and prompting the necessity of addressing "the significant emissions resulting from deforestation" and its implications for climate change (UNFCCC, 2005).

The 2005 proposal was at last backed by a COP decision during its thirteenth session in Bali in 2007, where parties were invited and encouraged to "strengthen and support ongoing efforts to reduce emissions from deforestation and forest degradation on a voluntary basis", by providing technical assistance to developing countries to gather information on emissions from deforestation and forest degradation, and addressing the drivers of deforestation (UNFCCC, 2007). This initiative, which was eventually called REDD+, is now largely seen as an opportunity for developing countries to earn incentives for the conservation of their forests, while combating climate change (Recio, 2014: 38).

REDD+ is a mechanism that involves modification of domestic legislation regarding forest and land law in order to establish an enabling normative framework as basis. However, these modifications could eventually disrupt traditional forest-based livelihoods, thus threatening the human rights of indigenous peoples (Savaresi, 2013: 5).

For instance, in 2008 and 2009, several Indigenous Peoples Organizations and NGOs mobilized during COP negotiations to advocate the upholding of the rights of Indigenous Peoples and local communities in the context of REDD+. These efforts led to the inclusion of a rights-based language referring to the importance of Indigenous Peoples' rights in further COP discussions (Jodoin, 2016: 168). The first was the crystallization of the importance of Indigenous Peoples' rights in the Cancún Agreements in 2010, by way of developing environmental and social safeguards. However, all decisions made up until now fail to appropriately encompass the rights enshrined

in international or regional human rights instruments, including UNDRIP and ILO 169 (Jodoin, 2016, 172).

This international legal vacuum might result in careless implementation of REDD+ projects in local communities, especially since there will be countries that have not ratified some of the international human rights instruments, and thus are not obliged to comply with their provisions. If human rights protections are also missing from REDD+ policies, there is no guarantee that states or private actors will not violate indigenous peoples' rights. Said violations could include obstacles to accessing land or territories, land evictions, and omission of the right to free, prior and informed consent. For example, the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination has recommended that Indonesia re-examine regulations adopted to carry out REDD+ activities, to ensure that they respect the rights of indigenous peoples to possess, develop, control, and use their communal lands (Savaresi, 2013).

Here, a good opportunity to safeguard the rights of local communities threatened by conservation mechanisms designed to mitigate the effects of climate change, is to ensure that any domestic legislative modification includes provisions regarding the compliance by the state with human rights obligations, which may include the protection of indigenous territories and the duty to comply with free, prior and informed consent of indigenous peoples or forest dwellers in advance making decisions that could affect them directly.

5. CONCLUSION

The Paris Agreement is the outcome of a long, heated and global battle to tackle climate change. Although its results may not be sufficient to grapple with the effects of climate change, the fact that human rights are included at least in its preamble, and that specific references to gender and indigenous peoples are mentioned in its operative section, reflects the importance of human rights discourse as a compelling narrative that will be included in the future climate regime discussions.

However, from what has been discussed in this paper, addressing climate change through the lens of human rights is still a work in progress. Despite the advances in setting cutting-edge precedents, domestic and

some regional human rights courts still face colossal theoretical and practical challenges, which could be surmounted by the use of creative legal thinking and reliance upon scientific facts, as demonstrated with *Urgenda*. Moreover, tackling the problem by all means necessary could entail externalities, as evidenced with the case of REDD+ and the human rights of local communities—reaffirming the fact that even climate change solutions must include human rights safeguards.

6. REFERENCES

Bodansky, D. (2010). Introduction: Climate Change and Human Rights: Unpacking the Issues, Volume 38: Number 3, *Georgia Journal of International and Comparative Law.* 511.

Boyle, A. (2012). Human Rights and the Environment: Where next?, 23:3 *The European Journal of International Law.* 613.

Cantú Rivera, H. F. (2015). Business & Human Rights: From a 'Responsibility to Respect' to Legal Obligations and Enforcement. In J. L. Cernic & T. Van Ho (Eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights* (303-322). Wolf Legal Publishers.

Fredman, S. (2008). *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties* (Oxford University Press), at 67.

General Comment on The Right to Water, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (UN Doc. E/C.12/2002/11, 20 January 2003). 40.

Germanwatch. (2015). *Peruvian farmer sues German utility RWE over dangers related to glacial melting* [Environmental Blog]. Retrieved from: https://germanwatch.org/en/11302

Germanwatch. (2016). Regional Court dismisses climate lawsuit against RWE – Claimant likely to appeal [Environmental Blog]. Retrieved from: https://germanwatch.org/en/13234

Germanwatch. (2017). *Climate Suit against RWE: Peruvian Mountain Guide Will Appeal* [Environmental Blog]. Retrieved from: https://germanwatch.org/en/13438

Haas, M. (2014). *International Human Rights: A Comprehensive Introduction*, 2nd ed. (Routledge).

Harrington, J. (2007). Climate Change, Human Rights, and the Right to be Cold, 18:3 *Fordham Environmental Law Journal*. 513.

Honorable Hollis R. Hill. Z. and Stella Foster, et al., v. (2016). Washington Department of Ecology, No. 14-2-25295-1 SEA (Court of the State of Washington in and for the County of King).

Human Rights Council Resolution 10/4, Human Rights and Climate Change (UN Doc. A/HRC/10/29, 9 November 2009), Report of the Human Rights Council on its tenth session. 11.

Human Rights Council Resolution 18/22, Human Rights and Climate Change (UN Doc. A/HRC/RES/18/22, 22 October 2012), Report of the Human Rights Council on its eighteenth session. 55.

Human Rights Council Resolution 26/27, Human Rights and Climate Change (UN Doc. A/HRC/26/2, 11 December 2014), Report of the Human Rights Council on its twenty-sixth session.

Human Rights Council Resolution 26/27, Human Rights and Climate Change, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development (UN Doc. A/HRC/26/L.33, 23 June 2014), 3.

Human Rights Council Resolution 29/15, Human Rights and Climate Change (UN Doc. A/HRC/29/2, 25 November 2015), Report of the Human Rights Council on its twenty-ninth session.

Human Rights Council Resolution 7/23, Human Rights and Climate Change (UN Doc. A/HRC/7/78, 14 July 2008), Report of the Human Rights Council on its seventh session. 65.

Humphreys, S. (2009). (ed.), Human Rights and Climate Change (Cambridge University Press)

Jodoin, S. (2016). The human rights of Indigenous Peoples and forest-dependent communities in the complex legal framework for REDD+. In Research Handbook on REDD-Plus and International Law. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, Inc. Retrieved from // www.elgaronline.com/9781783478309.00019.xml

Judge Ann Aiken. Kelsey Cascade Rose Juliana et al. v. The United States of America et al. (United States DIstrict Court for the District of Oregon eugene Division 10 November 2016)

Knox, J. (2000). Climate Change and Human Rights Law, 50:1 *Virginia Journal of International Law*. 163.

M. N. Shaw, International Law, 6th edition (Cambridge, 2008).

McInerney-Lankford, S. (2013). Human Rights and Climate Change: Reflections on International Legal Issues and Potential Policy Relevance, M.B. Gerrard and G.E. Wannier (eds.), Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing (Cambridge University Press). 195.

McInerney-Lankford, S. Darrow, M. and Rajamani, L. (2011). Human rights and climate change: a review of the international legal dimensions. 8.

Moyn, S. (2010). Personalism, Community, and the Origins of Human Rights, in S.L. Hoffmann (ed.), Human Rights in the Twentieth Century. *Cambridge University Press*.

Okowa, P. (2000). State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law (Oxford University Press).

Osofsky, H. (2010). Climate change and environmental justice: reflections on litigation over oil extraction, and rights violations in Nigeria, 1:2 Journal of Human Rights and the Environment.

Our Children's Trust. (2014). *Youth appeal Washington Department of Ecology's decision to deny their climate change petition for rulemaking* (3). Washington: Our Children's Trust. Retrieved from: https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/57608172f8baf3e5ddec950c/1465942386906/WA.PetitionForReview.PressRelease.pdf

Our Children's Trust. (2015). *Washington State Youth Win Unprecedented Decision in their Climate Change Lawsuit* (3). Washington: Our Children's Trust. Retrieved from https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/576080c61bbee08251f2834b/1465942214961/15.06.24WADecisionPR.pdf

Our Children's Trust. (2016). *Judge allows youth constitutional climate rights case to move forward against state of WA and Gov.* Inslee (3). Washington: Our Children's Trust. Retrieved from https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/58598d7dd1758e6ea45711d3/1482263935834/2016.12.20-WA+ATL+Constitutional+Case+NR.pdf

Pachauri, R.K. and Meyer, L.A. (2014). (eds.), Climate Change 2014: Synthesis Report - Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change.

Pachauri, R.K. and Reisinger, A. (2007). (eds.), Climate Change 2007: Synthesis Report - Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change.

Petition to the Inter American Commission on Human Rights seeking relief from violations resulting from global warming caused by acts and omissions of the United States, Submitted by Sheila Watt-Cloutier, with the support of the Inuit Circumpolar Conference, on behalf of all Inuit of the arctic regions of the United States and Canada (December 7 2005), found at: http://www.inuitcircumpolar.com/uploads/3/0/5/4/30542564/finalpetitionicc.pdf

Recio, M.E. (2014). *The Warsaw Framework and the Future of REDD+.* 24:1 Yearbook of international Environmental Law.

Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) on the Relationship between Climate Change and Human Rights (UN Doc. A/HRC/10/61, 2009).

Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living and on the right to non-discrimination in this context (UNGA Doc. A/64/255, 6 August 2009), note by the Secretary-General on the sixty-fourth session of

the General Assembly; Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, John H. Knox (UNGA Doc. A/HRC/25/53/Add.1, 8 April 2014), Human Rights Council on the twenty-sixth session;

Sands, P. (2016). Climate Change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law*. *Journal of Environmental Law,* 28(1), 19–35. https://doi.org/10.1093/jel/eqw005

Savaresi, A. (2013) 'REDD+ and Human Rights: Addressing Synergies between International Regimes' 18:3 Ecology and Society. 5.

Scanlan K., M. (n.d.). *Juliana v. United States: Does the Constitution Guarantee a Livable Planet for Our Kids?* [School of Law Blog]. Retrieved 4 May 2017, from http://vjel.vermontlaw.edu/topten/juliana-v-united-states-constitution-guarantee-livable-planet-kids/

Skogly, S. (2010). Extraterritoriality: Universal human rights without universal obligations, in S. Joseph and A. McBeth (eds.), *Research Handbook On International Human Rights Law.* (Edward Elgar). 71.

Special Procedures of the United Nations Human Rights Council, 'The Effects of Climate Change on the Full Enjoyment of Human Rights' (2015), at para. 11, found at: http://www.thecvf.org/wp-content/uploads/2015/05/humanrightsSRHRE.pdf

Steiner, G. (2017). No Ordinary Lawsuit: Juliana v. United States is a Landmark Precedent for Climate Change Legislation [Law Blog]. Retrieved 4 May 2017, from http://www.jurist.org/forum/2017/01/Gabriela-Steier-juliana-v-united-states.php

Syed Mansoor Ali Shah. (2015). Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan, No. W.P. No. 25501 (Lahore High Court).

U.S. Magistrate Judge Thomas Coffin. Kelsey Cascade Rose Juliana et al. v. The United States of America et al. (United States DIstrict Court for the District of Oregon 4 August 2016).

United Nations Office of the High Commissioner of Human Rights, Status of Ratification Interactive Dashboard, Status of Ratification of

the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, found at: <http://indicators.ohchr.org/>.

Van Zeben, J. (2015). *Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide?* 4:2 Transnational Environmental Law. 339,. 340, 341.

Recibido: 08/01/2017
Aprobado para publicación: 27/05/2017

Juan Auz (LLB, LL.M): Abogado, ex Director Ejecutivo de la Fundación Pachamama y co-fundador de Terra Mater. Actualmente se desempeña como investigador invitado en el Instituto de Investigación de Impacto Climático de Potsdam en Alemania. Especialista en Derecho Ambiental Internacional y Cambio Climático por la Universidad de Edimburgo en Escocia y miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN. Cuenta con experiencia trabajando en Derechos Humanos y Ambiente, con un enfoque particular en las comunidades locales y los pueblos indígenas.

Correo electrónico: juangauz@gmail.com

Un Mundo Multicultural - Un Hecho Inevitable. La Búsqueda de Unidad en Diversidad

A Multicultural World - An Inevitable Fact. The Search for Unity in Diversity

Mgtr. Schoele Ahouraiyan Ahouraiyan
Docente Titular PUCE, Facultad de Comunicación Lingúistica y Literatura

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 163-174, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Este artículo es una compilación literaria con una breve contribución de la autora, quien se identifica como Persona de Tercera Cultura (TCK). Esta contribución plantea la afirmación de que un mundo multicultural (MW), al constituir el resultado de la globalización y de la evolución natural de la cultura humana, es inevitable. El propósito de esta compilación es la apreciación de la diferencia dentro de la co-existencia de los seres humanos. Se tiene la intención de iluminar la visión de acoger diversidad y diferencias como principios fundamentales para alcanzar la unidad en diversidad. Por lo tanto, un cambio de paradigma cultural abarcado por la estrategia transformativa de clasificación cultural se encamina hacia una sociedad mundial multicultural de mente globalizada y valorable.

PALABRAS CLAVES: Personas de terceras culturas, iceberg cultural, estrategia transformativa, diferencias positivas, globalización multicultural.

ABSTRACT: This article is a literary compilation, with a brief contribution from the author, who identifies as a Third Culture Kid (TCK). This contribution deals with the statement that a multicultural world (MW) is inevitable as the result of globalization and of the natural evolution of human culture. The issue human co-existence , in which differences are appreciated, is the purpose of this assembling. A cultural paradigm shift, encompassed by the transformative approach of cultural classification, is intended to shed light on a vision of embracing diversity and differences as a fundamental principle to attain unity in diversity, therefore moving towards a valuable, globally-minded multicultural world society.

KEY WORDS: Third Culture Kids, Cultural Iceberg, Transformative Approach, Positive Differences, multicultural globalization.

INTRODUCTION

This coming together of people from all corners of the world, this global movement, intensified by circumstances, and also known as globalization, has led to an unprecedented, mega-dimensional gathering of diverse people. Seen on the pages of historical happenings of a migrating humanity, the clash of cultural groups has taken paths of unacceptance of differences.

The author's multicultural nature has been the intrinsic motivation for this article. She intends to shed light on a paradigm shift towards a constructive concept of unity in diversity and how this synergetic fusion is the key ingredient for an evolving, genuinely multicultural world.

1. BRIEF HISTORICAL BACKGROUND

Throughout social-political movements in the 60s & 70s, Western society was faced with the conception of Multicultural Education (ME) derived from a reaction to the existing dispute about social class, ethnicity, gender and education. By the 90s, ME evolved toward the tackling of the educational urgencies of a society that endured a struggle with the realization that it was not a series of monocultures, but rather a mélange of numerous cultures (Gorski and Covert, 2000).

This mixture of cultures has been manifested in a certain segment of the world's population referred to as Third Culture Kids (TCK). David Pollock and Ruth Van Reken (1999) have defined TCKs as an outcome of human movement: a person who spent his/her developmental years in a variety of distinct cultural environments outside the parents' culture.

As a Third Culture Kid (TCK) myself, growing up and being educated in three different continents/countries (Germany, Iran and Ecuador), from personal experience I can confirm confirm that the level and fervor of discriminatory acts in the mid-70s through the mid-80s, based on color, nationality and religion (even if at different levels of intensity or for different reasons) were, substantially present and pursued in all

the three regions. Any kind of fact that could be classified as different, was usually a synonym for unacceptable: therefore mostly ruling out, at first, the possibility of respect for diversity. Defining ME as a method to raise respect for diversity will help broaden the panorama to a structural solution of which we are presently in need.

2. DEFINITIONS OF MULTICULTURAL EDUCATION

Several definitions of ME have arisen from a variety of debates and disagreements about what the defining role of multicultural education is. The focus given in this article is one that encompasses ideas of human values, transformation and a paradigm shift towards a vision of viewing diversity as an elevating human honor. As human beings, we have the honor and privilege of wearing gowns that embellish us with high standards of beliefs and behavior towards the main focus concerning a true multicultural world: unity in diversity.

Grant (2010) tunes into the same reflections by drawing toward questions that lead to defining multicultural education in a context of assigning privileges, inclusive curriculum and advocates for terminology by means of higher values such as equity and social justice. Grant is not alone on this path. Since the 90s, multicultural education has been in a permanent state of evolution both in theory and in practice. One theoretical definition referring to the area of schooling transformation was made by Gorski (2000):

Multicultural education is a progressive approach for transforming education that holistically critiques and addresses current shortcomings, failings and discriminatory practices in education. It is grounded in ideals and social justice, education equity, and a dedication to facilitating educational experiences in which all students reach their full potential as learners and as socially aware and active beings, locally, nationally, and globally (p. 1).

This brings out the significance of the explanation given by Tiedt & Tiedt (2002) which points out how ME is consistently associated with a belief in the transformation of individuals:

An education that is multicultural is comprehensive and fundamental to all educational endeavors. Given an understanding of the nature of human differences and the realization that individuals approach

concepts from their own perspectives, advocates of education that is multicultural are consistent in their belief that respect for diversity and individual difference is the concept's central ingredient (p. 15).

In general terms, ME definitions are discussed by authors such as: Hanvey (1976), Cates (2004), Seeberg and Minick (2012) and noted interest from writers such as Hofstede (2002). However, to remain focused, in practice these definitions are and need to be categorized into two approaches: One pursuit made by Ladson-Billings (1994) along with a parallel approach by Robert Kohl (1996).

Ladson-Billings assertively divided multicultural reality into the following two categories: Multicultural Festival Approach and Transformative Approach. The Multicultural Festival Approach focuses on nations' celebrations. Culture, in this case, discusses the following aspects at a visible and superficial level which delights the tourists' eyes: Food/Spices, Visual Arts, Architecture, Games, Flags, Music, Dresses/Costumes, Dances/Performing Arts and Festivals, Religious Traditions. The Transformative Approach, a thorough icon, merges into the essential purpose of ME and devises an individual as well as a collective realization that justice and peace in the world can be achieved through unity in cultural diversity.

On the same page, Robert Kohl (mentioned by Pollock et. al) presents, as a parallel approach to the aforementioned categories, the Cultural Iceberg Theory. Important to mention, however, is that Ernest Hemingway had originated and used the Iceberg Theory for his literary purposes, and, since then, it has been a basic theory applicable to sundry spheres of knowledge including cultural realities (therefore Cultural Iceberg Theory). This, in turn, awakens us to the visibility of cultural behavior and the covert areas of living cultural concepts so hidden that often even in-born individuals are unaware of their withheld presence. The Cultural Iceberg has also been suggested by L. Robert Kohl according to Pollock et. al (1999) in their book The Third Culture Kid Experience.

The two major divisions in culture that the adaptation of the Iceberg Theory points out are Surface Culture and Invisible/Deep Culture. The hidden part of the Cultural Iceberg is of a particular fascination. Culture is "a system of shared assumptions, beliefs, and values" (Heibert, 1983) and not an instinctive behavior even if the unawareness of its presence might make it seem like it is instinct-based. However,

it is learned and adopted from role model conduct of microsystem members. Despite that, as humans belonging to a particular cultural group, we are unaware of countless typical conducts that are absolutely natural to us. On hand are some of an indeterminate number of concepts that refer to unspoken rulings:

- Concept of courtesy
- Conversational patterns
- Beauty
- Non-verbal communication
- Sense of interpersonal respect
- Awareness of others
- Cleanliness
- Religiousness
- Obedience to rules
- Nationalism
- Animal treatment
- Voice volume
- Concept of time

Deep-Culture, with its aforementioned components, is the object of current studies, whereas Surface Culture is considered to be part of former lessons. This is exemplified through the proven, worldwide successful and to-be-followed model of a cutting-edge educational system established in Sweden (Nordgren, 2002). This Nordic country, acknowledging the current demands of a globalizing world, has left Surface Culture to attend to Traditional Multicultural needs whilst accentuating the integration of Deep Culture into a Modern Multicultural world.

3. MODERN MULTICULTURAL WORLD

Traditional and modern multicultural concepts are very much tied to what globalization and its implications represent. Regarding globalization, the bestselling author, Samuel Huntington (2003) in The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order talks about the vanishing idea of "The West and the Rest" with which he underlines that globalization has made the world too complex to be

envisioned into simple divisions such as economic divisions of North and South, and culturally, divisions of East and West.

In the days when the West and the Rest were defining quotes, i.e. the 60s to the 80s, traditional ME was based on Folk Culture or Festival Multicultural Approach. However, these days, educators as well as educational institutions are striving for a fresh concept of modern ME which goes beyond food and flags. A transformative concept is charged with an innovative approach towards learning about other cultures – an approach in charge of developing students' cognitive as well as affective/emotional levels. Former ideas of ME were surely limited to a getting-to-know-them spectrum, with 'them' meaning other cultures.

Nowadays, educators are focusing more and more on adopting the transformative approach, deepening into the reflective part of the contents of the cultural iceberg which has lead, and is leading towards, developing a standard of World Citizenship and globally-minded people (Skelton, Wigford, Harper, Reeves, 2002).

Dewey (cited by Aleman, 2001) expounded that Multiculturalism is a way of thinking, a way of learning, which places it on a platform of modus operandi. In order to survive in this post-modern world, educational institutions fall into a need to reformulate the traditional concept of culture by creating a paradigm shift into the post-modern terms of multicultural approach. When institutions follow the idea of Dewey, a multicultural concept becomes the developed term of culture. That is to say that multiculturality is the development of culture. It is adjusting to the needs of the interdependent world which this globalizing planet is calling for. This, of course, does not undermine the importance of each unique nation's cultural richness and behavior, which is the foundation of the existence of a multicultural society and the essence that allows for the creation of and evolution towards a multicultural world based on the principle of unity in diversity.

4. EVOLUTION OF A MULTICULTURAL WORLD

When talking about the evolution of a multicultural world, we would need to expand our horizons from biological to economic points of view, from socio-philosophical to historical perspectives. The simplistic human world is turning, day by day, into a complex

multicultural world. In his book The Moral Animal, Robert Wright (1994) had the vision and explained eloquently how biological evolution facilitates social evolution. He stated:

> There is a parallel between human evolution (progress in civilization) and biological evolution because biological evolution also evinces ever greater levels of complexity. Biological evolution leads to diversity...whether this rush to complexity and ever greater levels of integration is progress and not nightmare, is certainly open to question. Many social theorists are not so sanguine about where things are going while still others challenge the orthodox conviction that the world is headed toward globalization and integration (p. 23).

Wright elucidates further that the process of globalization from a biological point of view demands that human beings evolve. He is convinced that there is a repetition of happenings. Past events underwent the same process of what is occurring in the current world. Because humans biologically evolve, says Nordgren, it is therefore natural and inevitable to evolve into a global world. Current objectives are not adjusted to the needs of a globalized world. Educators and educational institutions need to reconsider their educational objectives in order to be part of the natural evolution of globalization (Nordgren, 2002).

At the conference of Biological Matrix of Human Life, Maturrana, social theorist, shares Wright's idea. Maturrana (2005) considers globalization from a socio-philosophical point of view as "a flow of present change." He further explains that globalization "is not a forced process, but just one that is as natural as life itself." He draws a possible calm and peaceful picture of globalization by considering it a normal transition in human society. Simultaneously, at the same conference, Castells (2005), a sociologist, mentioned that globalization is a system of global theory of an interactive network which he described as an establishment of social structures that is led by human beings becoming a global network, in which each person and every material presentation is interconnected. External network existence does not evidence any kind of progress which directs our thought towards the suggestion that globalization is not just an option, but rather a fortress of survival.

Harvard historian Coatsworth (2004) connects with globalization from a historical point of view by considering it as a provider of welfare. Coatsworth compares cycles of globalization in the Western

hemisphere through the discussion of historical events of the opening of the transoceanic conquest (1492-1565) and the largest involuntary/ forced migration of Africans to the New World (1650-1790). He mentions how Muslim conquerors played the part of international messengers of discoveries in one country and diseminators of these disvoveries+ other nations. Through their conquests from the Middle East to Spain and as far as India, the Muslims contributed vastly to the expansion of discoveries and inventions as global traders.

A minor insight into the different perspectives shows how the process of globalization/global movement has historically been present and socially analyzed through human and collective evolution. This global movement has been the essential and primary beginning of a multicultural world. From my TCK perspective, a multicultural world is a circled fact: third culture kids are the result of the global movement as well as the undeniable statement that the world is moving towards a globalism that is in dire need of capturing a focal factor in order not to fail; adaptation and unfolding of the authentic form of unity in diversity per se.

5. THE PRINCIPLE OF UNITY IN DIVERSITY – A KEY INGREDIENT TO ACHIEVE A VALUABLE MULTICULTURAL WORLD

The search to make cultural heterogeneity work - considering the diversity of colors, shapes, skills, characters, traditions, beliefs, attitudes, historic baggage and roles together - as a multifunctional team towards a common, value-filled goal of efficient co-existence is, beyond question, not a mono-factor pursuit. In other words, peacefully reaching successful co-living as a multicultural world society implies a notorious challenge for humanity.

Furthermore, Mukherjee (2014) recaps a universal agreement that one of the fundamental challenges of our times is that of managing cultural diversity. In her book Conflict Resolution in Multicultural Societies, the Indian Experience, she illustrates how ethnic conflict resolution is dependent on a new paradigm to our understanding of Multiculturalism and decentralizing from conventional frameworks.

Following Mukherjee's line of argument, unity in diversity is the sine qua non to a successful multicultural society. As expounded above,

humanity has been on the road towards a multicultural world. It is a trip that, figuratively speaking, has no turning back. This does not suggest anything negative. On the contrary, it is a journey, which, if managed within a framework of adapting diversity the way it could be intended, would bring nothing but favorable constructive progress to humanity. Pineschi (2012) specifies how the importance of preserving diversity is also of major concern when reaching legal points of view:

The protection of cultural diversity is an essential aspect of the human dimension of cultural heritage. At the international level, the indivisibility of the protection of cultural diversity ("a defining characteristic of humanity") and the respect for human dignity, on the one hand, and the strict interconnection between the protection of fundamental freedoms and the defense of cultural heritage and cultural diversity, on the other, are generally recognized (p. 29).

A dignifying co-existence of the human race was opened at the beginning of the 19th century. Baha'u'llah (1819-1892), the founder of the Baha'i Faith, manifested the concept of unity in diversity through a comparison to the human body:

There is, indeed, no other model in phenomenal existence to which we can reasonably look. Human society is composed not of a mass of merely differentiated cells but of associations of individuals, each of whom is endowed with intelligence and will; nevertheless, the modes of operation that characterize man's biological nature illustrate fundamental principles of existence. Chief among these is that of unity in diversity (p. 2).

Evidently the issue does not lie in differences or diversity per se. It lies in the way and manner in which humanity deals with these differences. Page (2007), in his book The Difference, asserts that each human being has unique preferences. He divides these preferences into two categories: a. Fundamental preferences (Outcomes) and b. Instrumental preferences (Procedures): Fundamental preferences refer to the goal that needs to be reached and instrumental preference is the path chosen to attain that goal. Page, through a thorough explanation, leads us to see that the diversity of preference existing in each human being is not of negative connotation. He believes that we all head towards common values and pursue them in diverse ways. This diversity of actioning (instrumental preference) is what enriches

collective outcome, therefore streaming into the consistently assertive conception of positive consideration of differences (Page, 2007).

Looking a fraction further into human rights and cultural diversity, according to Lenzerini and Borelli (2012), there is no place for a reductionist approach when it comes to cultural diversity. People in multicultural communities are all entitled to have equal rights. These are given by the myriad connotations of the principal elements of human dignity which are linked to universal respect for human rights.

6. CONCLUSION

When we look at today's increasingly globalized society and the advances we have certainly made since even the 80s in reducing discrimination and doing away with the view that that which is different is erroneous, we can appreciate the evolution that society is most likely undergoing is towards a multicultural world. Here too we can observe how former techniques of multicultural education, such as the festival approach, are simply outmoded for the deeper understanding of other cultures required today's world. Only techniques such as the Transformative or Deep-Culture Approach can afford us the next step in the further appreciation of others that is so crucial to building a valuable multicultural world.

However, we cannot forget the importance of safeguarding the uniqueness of each and every nation; the uniqueness which is itself our humanity. Unity in diversity for the creation of a multicultural world is not only the natural progression of our civilization, but a necessary step in safeguarding our future. If we remember this maxim, the transition is all the more likely to be the peaceful transition the aforementioned authors discussed. To understand one another deeply, and to appreciate the uniqueness of every nation and individual whilst coming together is the bedrock of a multicultural world and the best way to avoid the bigotry, distrustfulness, and divisiveness of the past.

7. REFERENCES

Aleman, A. (2001). Community, Higher Education and the Challenge of Multiculturalism. *Teachers College Record.*

Bahá'í International Community. (1995). *The Prosperity of Mankind.* Haifa: Baha'i International Community.

Coatsworth, J. H. (2004). Globalization, Growth, and Welfare in History. In M. M. Suárez-Orozco, and D. B. Qin-Hilliard, *Globalization Culture and Education in the New Millennium.* London: University of California Press, Ltd.

Heibert, P. G. (1983). Cultural Anthropology.Cite: Baker Book House.

Hofstede, J. G. and Pedersen, P. B. (2002). *Exploring Culture.* Maine: Intercultural Press Inc.

Huntington, S. P. (2003). *The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order.* New York: Simon & Schuster Paperbacks.

Kohls, L. R. (1996). *Survival Kit for Overseas Living: For Americans Planning to Live and Work Abroad.* Yarmouth: Intercultural Press.

Lenzerini, F. and Borelli, S. (2012). Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law. Leiden: Brill.

Mukherjee, J. (2014). *Conflict Resolution in Multicultural Societies : The Indian Experience.* New Delhi: SAGE Publications India Pvt Ltd.

Nederveen Pieterse, J. (2007). *Ethnicities and Global Multiculture: Pants for an Octopus.* Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.

Nordgren, R. (2002). Globalization and Education: What Students Will Need To Know And Be Able To Do In The Global Village. The Phi Delta Kappan, 318-321. Retrieved from http://www.jstor.org/stable/20440343

Pollock, D. C. and Van Reke, R. E. (1999). *The Third Culture Kid Experience-Growing Up Among Worlds.* Maine: Intercultural Press, Inc.

Ruiz Vieytez, E. J. (2014). United in Diversity? : On Cultural Diversity, Democracy and Human Rights. Bruxelles: P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales.

Santos Ragus, E. J. (2007). *Perceptions of Language Educators About Global Education as part of the Content-Based Learning in Teaching English as a Foreign Language.* Retrieved from Tesis de Maestría Universidad San Francisco de Quito: http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/260

Scott, E. P. (2007). *The Difference - How the Power of Diversity Creates Better Groups, Firms, Schools, and Societies.* New Jersey: Princeton University Press.

Skelton, M., Wigford, A., Harper, P. and Reeves, G. (2002). Beyond Food, Festivals, and Flags. *Educational Leadership Journal*, 60.

Tied, P. L. and Tied, I. M. (2002). M*ulticultural Teaching.* Boston: PEC.

Wright, R. (2010). The Moral Animal.New York: Pantheon Books.

Recibido: 10/02/2017

Aprobado para publicación: 27/05/2017

Schoele Ahouraiyan (BA, MSc): Es ex-profesora de la Asociación Humboldt, 21 años profesora titular (TC) de la PUCE y ha trabajado con Refugiados Iraníes por la ACNUR. La magíster fue profesora de Multiculturalidad de la carrera de LEAI y ha dado varias conferencias de temas culturales relacionados con Africa Sub-Sahariana, Medio-Oriente y de los Baha'is en Irán. De origen iraní, nacida en Alemania, casada en Israel, siendo su esposo filipino y residente en el Ecuador, la magíster Ahouraiyan es una genuina representante de TCK (third culture kid).

Correo electrónico: SAHOURAIYAN@puce.edu.ec

El Concepto de Interculturalismo en un Mundo Complejo

The Concept of Interculturalism in a Complex World

Dr. Pablo Fernando Sarzosa Játiva
Investigador Juridico, Cardinal Abogados y Docente de la UCE

Artículo Original (Invesigación)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 175-185, ISSN 2588-0837

RESUMEN: La interculturalidad implica la existencia de una diversidad cultural con potencial para actuar colectivamente a través de una cobertura simbólica, que imprime un cierto grado de cohesión y permanencia histórica, legitimando cualquier acción estratégica trazada por los grupos. Este análisis se da dentro de un argumento del espacio intersubjetivo en el que los fundamentos de la identidad colectiva se encontrarían en las sociedades modernas, donde las funciones cohesivas simbólicas y las posibles interacciones situacionales y contextuales reproducen los grupos culturales dentro de una integración lógica de espacios. Todo el bagaje de encuentros y desacuerdos culturales influye en la construcción de la identidad, dentro de la lógica de estructuras y significados institucionalizados, dentro de una dinámica de reproducción social. La discusión en este documento integra un enfoque histórico de este Proyecto Inacabado en Ecuador, en la Comunidad Andina en América Latina.

PALABRAS CLAVE: Interculturalidad, diversidad cultural, identidad colectiva, grupos culturales, identidad.

ABSTRACT: Interculturalism implies the existence of a cultural diversity with potential to act collectively through a symbolic coverage, which prints a degree of cohesion and historical permanence, legitimizing any strategic action traced by groups. This analysis is given within an argument from intersubjectivity space in which the foundations of collective identity would be found in modern societies, in which the symbolic cohesive functions and potential situational and contextual interactions, reproduce culture groups within a logical integration of spaces. All the baggage of cultural encounters

and disagreements influences the construction of identity, within the logic of institutionalized structures and meanings, within a dynamic of social reproduction. The discussion in this paper integrates a historical approach from this Unfinished Project in Ecuador, in the Andean Community in Latin America.

KEYWORDS: Interculturality, cultural diversity, collective identity, cultural groups, identity.

INTRODUCTION

The idea of *Interculturalism* has presented hitherto more commonly in the Latin American discussion of diversity in the arena of political issues, mainly since the 1990s. In this paper, I present a working model for analysing collective identity which integrates a historic approach as a major strand in the discovery of the potential of *Interculturalism,* from the Unfinished Project of the Ecuadorian case, in the Andean Community in Latin America.

This choice is motivated by an understanding of Interculturalism as a as a broader form of knowledge sharing and a tool of the process of strengthening the identity of the human being, who seek the canalization of their diversity and social conflict, within a framework of collective identification with other sectors of society, to promote communal identity development inspired by the cultural values, even as a space for social movement alliances.

The first section is dedicated to elaborating on the notion of Interculturalism as space of conflict, within the Andean historical context, as a strategy of social actors framed in subalterity, in seeking the adoption of their aspirations by the universalist culture in the various fields in which these tactics have been used by intercultural dialogue. The second section is dedicated to the discussion of the potential of Interculturalism, as a lived experience and as a chance to reach the rational understanding between the citizens of a more encompassing identity, and to sketching the implications that this analysis has within the intersubjectivity logic in which the foundations of collective identity would be found in modern societies.

1. INTERCULTURAL CONFLICT IN THE ANDEAN PLURI-CULTURAL SOCIETIES

In today's multicultural Andean context, more than any other space, Globalization has not been a homogeneous phenomenon, on the contrary, in these societies have increased the tensions that provoke this process. One of these tensions, is the one between the trend towards standardization and the resurgence of the particular: the tension between the global and the local. [Degregori, 1998, 34.]

Thus we find that in our andean states, nation-state projects, are besieged from above by globalization and its models economic and political factors that lead to the end of national borders and entry into the era of post-national states, and from below by the emergence of ethnic and cultural movements, that accentuate their difference and undertaking a series of policies to order to achieve sovereign right to exercise its Culture and to redefine public spaces.

In the next lines we will sketch the historic background to analysing the Intercultural conflict in Andean's pluricultural societies; but first, however, let us say that the conceptual framework of Interculturalism, on which we will work, is the conflict space alliances of social movements, and identity strategies and citizen participation as ***Subaltern***[35] social actors , in the pursuit of making their aspirations by universalist political culture, seeking diversity and processing of existing social conflict.

The discussion of cultural conflict in Latin America convokes to a approach to the colonial *Lifeworld*[36], which would mean a trip without return for all the people, even for multiple spanish and portuguese identities who arrived with the idea of a separatist duality, which failed from the begining, when the relational logic caused a borderless coexistence between the various contingents present in this new world.

35 The terms referring to Subaltern or Subalteridad understood within the critical reflection on the negation of the Other and his alterity, their practices and legitimate knowledge; in other words, linked to ideas of Otherness, that won position in the private and public spaces in Latin America to disrupt the old perceptions.

36 The term Lifeworld (German: Lebenswelt), understood as horizon in which the communicative agents move, has been taken from Jürgen Habermas (1993. 161).

For Native Americans, Africans and Europeans, the project of modernity present in the collective imaginary throughout the colonial period, mean a transformation in the *Lifeworld* as a result of establishment of a number of strategies in the different *Fields*[37] Fields and by the various social actors, and of the deployment of power's game within an initial *Field-of-force*[38] that seemed not limit to dominant groups in seeking legitimation through racist ideologies, and discrimination, which in the Colonial America in the Andes would be built on a potent mix of ethnicity, class, gender, mostly on the indigenous cultures.

And the Latin American emergency as this life category, which embraces the actual presence in the historical processes of certain human groups that have been marginalized, will continue after the colonial period, through a post-colonial stage that has not stopped, but that forced the State[39] to perform a hegemonic policy, most closely associated with the concept of Gramsci.[40]

And this hegemonic policy is framed by the second half of the XIX century, within the indigenist policy, impulsed by the liberal movement[41] and maintained in populations of indigenous America until the late 1970s, when consistent allegations become stronger by those affected, against these strategies integrationists and acculturationalists.

Indeed, indigenist policy, which appears in the XIX century promoted by Liberals, as the "legitimate" complainants of the continental conservatism and of the feudal sectors, was an initiative

37 The term Field (French: champ), refers to a structured system of objective forces that can be imposed on all agents that penetrate it, and simultaneously a space of conflict and competition (Pierre Bourdieu, 1995. 63).

38 The term Field-of-force, in the idea that the dominant groups must make certain concessions to groups dominated in relationships, is taken from Edward P. Thompson (Thompson, 1979. 131).

39 The term "State" in this paper will refer to the set of hegemonic groups with decision-making capacity, within the Latin American societies.

40 Applied not only in relation to social class, but also in terms of ethnicity and gender, as a political rather than cultural concept, where the dominant group has to dominate and lead other social groups by interpreting their aspirations, whereby the dominant group is also limited with your own project.

41 As acculturation response on indigenous peoples, promoted in the past two centuries by the Liberals, as the great whistleblower of the continental conservatism and of the feudal sectors.

of non-indigenous sectors affected by a problem whose solution lay in the transformation of the servants into workers, cutting with their attachment to the feudal sectors, which certainly allowed many of them reach a range of development, but at the cost of a acculturational policy.

But a whole new discourse appears in indigenist policy, in the VIII Inter-American Indian Congress of Mérida, inaugurated by President Lopez Portillo in 1980, which is the result of the development of the indigenous organization in the region and provides a break up regarding to the national populist vision, with which was always handled this issue, by the political parties, who sought integration and acculturation of these nationalities.

This unprecedented speech, that suggested taking into account the indigenous's independent and autonomous organization, for actions as may be agreed in the future within the Inter-American Indian Congress, will clash with the policies of Nation-states, even when they adapt their strategies again in order to legitimizing their systems.

Let us briefly review the criticisms of indigenous policy in the 1970s, many of which served as background to the conclusions of the VIII Inter-American Indian Congress of Mérida, among others: complaints of the integration policy; complaints of acculturationist policy; complaints of the colonization policy; rejection of indigenist policy to serve the dominant ideology; and, complaints of paternalism and lack of participation of the indigenous people in solving the problems that concern them (Marie-Chantal, 1985, 92).

This refusal to indigenist policy, will allow the preparation of indigenous intellectuals, self-aware, and aware of their confrontation with the State dominant culture.

The result is the creation of a new social agent that starts the early 1970s with identity strategies and the birth of a cultural and political movement that begin with demand of the recognition of certain collective rights.

The VIII Inter-American Indian Congress of Mérida, which, as was mentioned, provides a historical break with paternalism of indigenist policy in the early 1980s, will facilitate in the 1990s, the emergence of new social actors that constitute themselves in relevant forces, evidencing the crisis of limited political democracy.

Indeed, in Ecuador, the Latin American indigenous movement will impulse unthinkable claims in that historical period: a reinterpretation of the story from the indigenous point of view, articulated with demands of autonomy, self-government and self-determination, that will present a new scenario with original practices of social struggle:

> el levantamiento nacional y, luego, los levantamientos regionales; (forzando) al estado a una práctica política imprevista, cargada de simbolismos recién forjados y de connotación expansiva en el sistema político: al llamado diálogo, a la negociación directa entre ciudadanos distintos que exigen un reconocimiento colectivoétnico (como pueblos) y la cúpula del gobierno de los ciudadanos blanco-mestizos [42] (Guerrero, 1983, 100).

By 1991, the indigenous nationalities in Ecuador had clearly defined policies for the government: constitutional reforms that recognize the country like Plurinational, and that allow to build a new political legal framework that covers the new collective rights of the indigenous people (Macas, 1991, 11).

Henceforth, the unpredictability of the potentialities of indigenous nationalities, or the development of their likely expectations by the state as the main social mechanism to reduce the predictability of the others, will be handled from the ascend of Subaltern cultures in the political field, and the development of new strategies and goals due to the new position reached by the indigenous people.

2. NEGENTROPY AND ETHNICITY AS INDIGENOUS STRATEGY

Indeed, after five hundred years of colonial and post-colonial resistance, the indigenous movement, strengthened through a collective identity construction, around ethnicity category, prompted a series of demands on the legal system, that ended with the fall of the

42 Local and regional uprising forcing the state to unforeseen political practice, loaded of newly forged symbolism and expansive connotation in political system: the so-called dialogue, direct negotiation between different citizens, demanding a cultural or collective identity recognition, and the government of citizens white-mestizos.

constitutional legal barriers of the Nation-State in the late 1990s (von Hildebrand, 1996, 1-3).

But, what was the strategy adopted by indigenous peoples?.

Resistance, civil disobedience and appropriation of legal fissures in a first period, that coincide with the official indigenist policy of Nation-State, whose universalistic and positivistic culture, do not admitte cracks in the forecast of behaviors, and that consider the indigenous people in transit to national citizenship, after his adaptation to the West.

Identity and social identification Strategies, framed in *Subalternity*, as a reivindicative practice to the recognition of the pluricultural nature of countries, in a second period, in which the Nation-States were forced to make constitutional reforms, that "discovered" the existence of *subaltern* cultures with a range of social and collective rights.

Further, it is interesting to note that in this region the phenomenon of globalization produced not just a cultural entropy: a superculture of modernity that sought to dominate the traditional cultural formation, involving the siege vertically up to down (Sánchez, 1997, 65-98), but also a cultural negentropy, as a result of the tensions of this phenomenon: the emphasis of the difference, implying the siege vertically bottom to top (Degregori, 1998, 34).

In this context, the cultural movements adapted their identity strategy with these natural defense mechanisms that strengthen those cultural identity patterns more rooted in tradition, not just deepening their ethnic difference, but also producing new cultural territorialities, throught discourse adscription practices, leading in particular historical moment to the formation of a collective in Ecuador based on ethnic identification.

We are talking here, about the formation of interests via ethnicity identification, through interactions historically possible; in which, the symbolic while it is important, however cedes space to *communicative action in the Intersubjectivity* [43], under the Habermasian approach, that

43 The term Intersubjectivity understood as a space for dialogue between the social partners that incentive cultural reproduction, has taken from Habermas (1988. 93).

configures the rational formation of the collective will, cementing cultural identity in modern states due to its cohesive rol.

It is a cultural identification, as a permanent and sometimes conflicting construction, framed within an Identity strategy, in which can be emphasize certain cultural patterns by significant for a greater collective, at some historical point (Mercado Maldonado y Hernández, 2010, 243 – 244).

Indeed, as cultural Identity, the internalized set of cultural repertoires (cultural values) serves to the social actors, for creating new cultural territorialities within a historically specific space and socially structured (Giménez, 2000, 27), implying the existence of a Pluri-Identity Groups with potential to act against "others" through a symbolic coverage that gives it a degree of cohesion and historical permanence, legitimizing any strategic action traced by the group.

The Interactions of the Pluri-Identity Groups, in this context, are understood as a space of cooperative's behaviors reproduction, increase the emergency of the community's feelings through its contingent repetition, acting within the logic of the communication structures of modernity.

Finally, we must highlight the importance that has, within the discussion of intersubjectivity, assumed as a space for dialogue between social actors which stimulates cultural reproduction (interests and identities), the habermasian consensus.

> Only in and through communicative action can the energies of social solidarity attached to religious symbolism branch out and be imparted, in the form of moral authority, both to institutions and to persons (Habermas, 1984, 61).

This Identity strategies via ethnicity identification requires seeking consensus, other than that achieved with the majority rule, of western dye, but reached by deliverations of equals, legitimizing the Collective.

3. CONCLUSIONS

That the identity strategy of ethnic and cultural movements, is the result of a centripetal dynamic toward search for mechanisms of natural protection, does not imply that they are only manifestations of habitus and cultural reproductions, but also, actions in the territorial field on basis of a conscious choice of collective action, whose objective is the access to resources for creating the social change. At this point, the construction of a collective identity may play a central role to bringing legitimacy to strategic action.

Indeed, ethnic revitalization post-indigenist implied at least in the 1990s, a rebellion against the system, reivindication that at certain times it has not been only property of an ethnic group, but of gender, culture, class and so many other identities; reached, the Collective a temporary identity enough to access the spaces for dialogue of dominant groups and to to confront them, even though, only temporarily.

That's why we also understand the historical process of Interculturalism in Latin American as a project of institutionalization of the Interculturalism via the conformation of a space of alliances of the new social movements interested in a social movement wide.

These identities in the new post-national societies grouped around an ethnic identification on the basis of intercultural discourse, acquire central importance in the current debate on the future of our andean societies, in which indigenous cultures, no longer seem dispensable, and come to occupy a crucial site due to their past interactions that offer new possibles scenarios.

Finally, we must emphasize that this discussion we have handled from intersubjectivity space, in which the foundations of collective identity would be found in modern societies, in which symbolic role while it is important, however cedes space to the interactions historically possible, reproduced by culture's Group.

4. REFERENCES

Barre, M-C. (1985). *Ideologías Indigenistas y Movimientos Indios*. México: Siglo XXI editores.

Baud, M. et all (1996). *Etnicidad como estrategia en América Latina y El Caribe*. Quito: Ediciones Abya-Yala.

Bourdieu, P. (1990). *Sociología y cultura* (Martha Pou trad.). México: Editorial Grijalbo, S. A. (Questions de sociologie. Les editions de Minuit, París, 1984).

Bourdieu, P. (1995). *Respuestas por una antropología reflexiva*. (Thomas Kauf trad.) Barcelona: Editorial Angrama S.A.

Degregori, C. I. (1993). *Identidad étnica, movimientos sociales y participación política en el Perú*. Democracia, etnicidad y violencia política en los países andinos [Alberto Adrianzén et al). Lima, Serie América Problema, num. 16, IEP/EFEA.

Giménez, G. (2000). Identidades en globalización. *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, Vol. 7, No 19, Sep.-Dec.

Guerrero, A. (1983). *Hacienda, capital y lucha de clases andina*. Quito: Editorial El Conejo.

Habermas, J. (1984). *The Theory of Communicative Action*. II vols. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon.

Habermas, J. (1988). *La Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Ed. Taurus.

Habermas, J. (1993). *Teoría de la Acción Comunicativa, complementos y estudios previos*. México: Red Editorial Iberoamericana.

Macas, L. (1991). *El levantamiento indígena visto por sus protagonistas*. Quito: Amauta Rupacunapac Yachai-Instituto Científico de Culturas Indígenas.

Mercado Maldonado, A. y, Hernández Oliva A. (2010). El proceso de construcción de la identidad colectiva. *Convergencia, Revista de*

Ciencias Sociales, num. 53, 2010, México: Universidad Autónoma del Estado de México.

Sánchez Parga, J. (1997). *Globalización, Gobernabilidad y Cultura*. Quito: Ediciones Abya-Yala.

Von Hildebrand, M. (1996). Entre la ley y la costumbre, in *Derechos de los pueblos indígenas en las Constituciones de América Latina,* (Enrique Sánchez Comp.). Colombia: Disloque editores.

Recibido: 15/02/2017
Aprobado para publicación: 27/05/2017

Pablo Fernando Sarzosa Játiva: Master's degree in Asian Studies, Tamkang University (TKU Taiwán). Master's degree in Latin American Studies, Andean University "Simon Bolivar" (Andean Community). Master's degree in Social Project Design and Management, ESPOL Polytechnic University (Ecuador).

Correo electrónico: psarzosa@cardinalabogados.com

El Proceso Lógico - Jurídico de la Convicción del Juez Tributario

The Logical - Legal Process of the Convictions of Tax Judges

Mgtr. Gonzalo Lascano Báez
Profesor Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 187-202, ISSN 2588-0837

RESUMEN: La convicción judicial, abordada como un proceso lógico jurídico, es un reto complejo para quienes ven en la labor del juez algo más que una simple aplicación de un silogismo jurídico. Las doctrinas contemporáneas reconocen cada vez más el rol activo de los juzgadores en la creación del derecho, lo cual se refleja, al menos en teoría, en sentencias mejor fundamentadas, y con una estructura lógica más sólida. A partir de estos presupuestos el presente artículo de manera general describe el proceso mental lógico-jurídico que debe seguir el juez tributario para obtener la tan ansiada convicción en su decisión, al observar siempre las características particulares de la actividad sustantiva y adjetiva del derecho tributario.

PALABRAS CLAVES: Proceso lógico-Jurídico, juez tributario, derecho tributario, convicción, tribunal administrativo

ABSTRACT: Judicial conviction, approached as a logical legal process, is a complex challenge for those who see in the work of the judge something more than a simple application of a legal syllogism. Contemporary doctrines increasingly recognize the active role of judges in the creation of law, which is reflected, at least in theory, in better founded judgments which have a more solid logical structure. From these presuppositions, this article, in a general way, describes the logical-juridical mental process that the tax judge must follow to obtain the long-awaited conviction in their decision, always observing the particular characteristics of the substantive and adjective activity of the tax law.

KEYWORDS: Logical-Legal process, tax judge, tax law, conviction, administrative court

INTRODUCCIÓN

La convicción judicial, abordada como un proceso lógico jurídico, es un reto complejo para quienes ven en la labor del juez algo más que una simple aplicación de un silogismo jurídico. Las doctrinas contemporáneas reconocen cada vez más el rol activo de los juzgadores en la creación del derecho, lo cual se refleja, al menos en teoría, en sentencias mejor fundamentadas, y con una estructura lógica más sólida. Sin embargo, para llegar a esta meta es preciso tener en cuenta que el elemento esencial de la decisión judicial es una convicción adecuadamente forjada y expresada de manera irrefutable en la motivación de la sentencia.

De otro lado, el matiz del que se halla investida la materia tributaria, hace posible una sutil distinción académica entre el proceso lógico-jurídico que realiza el juzgador en esta materia. Los principios doctrinarios y constitucionales propios del régimen tributario, terminan por afectar en gran medida la manera cómo los jueces deben percibir y valorar las controversias originadas en la aplicación de tributos. En el presente artículo buscaremos, de manera general y simple, demostrar el proceso mental lógico-jurídico que debe seguir el juez tributario para obtener la tan ansiada convicción en su decisión, al observar siempre las características particulares de la actividad sustantiva y adjetiva del derecho tributario. Es preciso recalcar que el proceso descrito obedece a un proceso individual del juez, sin consideración de su pertenencia a un órgano colegiado (como es el caso ecuatoriano del Tribunal Contencioso Tributario).

1. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO DE APROXIMACIÓN AL CONOCIMIENTO

El proceso de aproximación al conocimiento es necesariamente verdadero. Pero para serlo se distinguen los siguientes grados de convicción, aplicables a los tres tipos de conocimiento posibles.[44] Los grados que a continuación se exponen no son forzosamente consecutivos para alcanzar el conocimiento cierto de un hecho:

44 Según Hume el conocimiento tiene tres tipos: 1) Analítico a priori, el cual es perfecto y exacto, pero no aporta informa a la mente, pues solo se refiere al contenido de definiciones. 2) Sintético a posteriori, que consiste en la trasmisión de información del mundo, pero que proviene a través de la experiencia sensorial, y por lo tanto sujeto a errores. Y 3) Sintético a priori, producido por la intuición mental y consiste en los parámetros con los que la mente procesa la experiencia (por ejemplo: las matemáticas).

a) Ignorancia: es el estado natural de la mente respecto al conocimiento de un objeto o hecho. La mente se encuentra "tabula rasa". En el ámbito tributario, es el estado del juzgador inmediatamente anterior al juicio. Conforme avanza el proceso, el juzgador abandona este estado para eventualmente llegar a otros grados de convicción. La mayor parte del conocimiento que requiere el juez para resolver proviene de la prueba que se ha incorporado al proceso.

b) Duda: Una vez que la mente ha tomado contacto con el objeto o hecho del conocimiento, puede encontrarse en un estado de indeterminación respecto a su validez o a su existencia. Este estado se caracteriza por la incertidumbre y el límite a la confianza que puede tener la persona respecto al valor de verdad de un conocimiento o creencia, y se produce por una insuficiencia de conocimiento y/o falta de confianza tal que no es posible realizar afirmaciones. Implica una inseguridad respecto a la validez de la verdad que se tiene. [45]

c) Opinión: La opinión consiste en la confianza de la verdad de lo se afirma, pero no de forma plena y perfecta. Tanto es así que admite la posibilidad de una opinión contraria. En el proceso contencioso tributario, la opinión surge cuando el juzgador confronta, preliminarmente, el libelo de la demanda con la contestación realizada por la administración tributaria.

d) Probabilidad: La probabilidad es el estado de la mente en que los hechos tienen más posibilidad de ser que de no ser, pero con razones. Los argumentos que convergen a la afirmación del hecho tienen más fuerza que los que divergen. Durante el juicio tributario la probabilidad se evidencia preeminentemente ante las presunciones válidamente construidas, a partir de los elementos probatorios incorporados al proceso.

e) Certeza: es la ausencia de duda y seguridad absoluta que se tiene de un hecho u objeto. Cuando la probabilidad se vuelve sólida y adquiere nuevos elementos de convicción, aquella se convierte en certeza.

Todo el proceso que experimenta el juzgador para decidir respecto de una causa debe ser racional y lógico, por lo tanto debe obedecer a

45 Góngora Vega, Ignacio, y otros. *El Hombre y su Pensamiento*. PIME Editores, 1984.

los principios de identidad [46], de no contradicción [47], de tercero excluido [48], y de razón suficiente [49]. En este sentido, "la observancia de éstos principios lógicos constituye una condición necesaria de precisión y claridad del pensamiento, así como una disciplina del pensamiento que busca dar a conocer lo que es razonable y demostrable". [50]

Respecto a la estructura cognoscitiva que se construye durante el proceso, podemos mencionar que lo constituye la totalidad formada por la suma de pruebas, indicios y presunciones que el juzgador tributario ha acumulado durante la sustanciación de la causa. El conocimiento se forma por el contacto inmediato que aquel ha tenido con los hechos probados. Sin embargo, el conocimiento que importa en el proceso no es solamente aquel que proviene de las pruebas, ni de la intelección del juzgador por separado, sino que, por el contrario, importa aquel que ha sido a través de un ejercicio operacional de pruebas, intelección y juicio como un todo.

El producto de una correcta estructuración del pensamiento desemboca, inevitablemente en la convicción del jugador. Dicha convicción (del griego konβik'θjon) es la seguridad que posee la persona sobre la certeza de lo que piensa. De esta manera, la verdad no está en relación entre el contenido del pensamiento y realidad, sino que está en el pensamiento mismo.

---

46 *"El principio de identidad legitima las sustituciones como medio de prueba, porque hay una equivalencia entre el concepto y los caracteres que lo constituyen."* Góngora Vega, Ignacio, y otros. *El Hombre y su Pensamiento*. PIME Editores, 1984. 23.

47 "*Consiste en que dos juicios, en uno de los cuales se afirma algo acerca del objeto del pensamiento (A es B), mientras que en el otro se niega lo mismo acerca del mismo objeto del pensamiento (Ano es B), no pueden ser a la vez verdaderos"* Góngora Vega, Ignacio, y otros. *El Hombre y su Pensamiento*. PIME Editores, 1984. 23.

48 *"De dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero. Así A es B y A no es B, no se da una tercera posibilidad; no existe un tercer modo de ser, porque uno de estos juicios necesariamente debe ser verdadero, puesto que los dos no pueden ser falsos al mismo tiempo"* Ibídem. 24

49 *"El principio de razón suficiente se formula así: para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera"* Ibídem. 24

50 Góngora Vega, Ignacio, y otros. *El Hombre y su Pensamiento*. PIME Editores, 1984. 24.

Para el juzgador es indispensable determinar con parámetros objetivos aquellos elementos de forma y de fondo que le permitan tener la tranquilidad de una decisión justa. Dichos elementos están en relación necesaria e imprescindible con la sentencia, pues es esta donde el juez plasma toda su visión respecto al proceso, y en la que decide lo que según su sana crítica es lo más justo. Particularmente importante para este efecto es la motivación, que consiste en un "acto de convicción razonada" en la que el juzgador debe tener certeza moral a partir de los hechos presentados a través de las pruebas.

De esta manera, la sentencia debe observar en su contenido el punto "controvertido" del proceso (que siempre gira en torno a la existencia, cuantificación, sujeción, aplicación o exoneración de la obligación tributaria), las pruebas legalmente presentadas y su examen, y la decisión del juzgador basada en las pruebas, la relación de los hechos con las pruebas, y la norma (el derecho) que corresponde aplicar al caso.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA CONVICCIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA

La naturaleza del juicio contencioso tributario nos provee de ciertas características notables a la hora de elaborar un proceso lógico-jurídico, por sus particularidades. Una primera consideración se refiere, específicamente, al tipo de acción que se ha puesto en conocimiento del juzgador tributario (sea esta una acción de impugnación de acto administrativo, acción directa, o cualquier otra acción que le corresponda conocer al Tribunal Contencioso Tributario). Por otro lado, la convicción del juzgador tributario estará condicionada en gran medida por el *"Onus Probandi"* o carga de la prueba durante el juicio, al tomar en cuenta la falta de claridad del ordenamiento jurídico ecuatoriano al respecto.

Según el Art. 217 del Código Orgánico Tributario, la jurisdicción contencioso-tributaria está circunscrita a *"las controversias que se susciten entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros, por actos que determinen obligaciones tributarias o establezcan responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario."* De este artículo se desprende que los procesos cognoscitivos, jurídicos, y mentales que realiza el juzgador se encuentran perfectamente delimitados tanto en

su objeto, como en los sujetos que intervienen. Es pertinente aclarar que, salvo casos excepcionales [51], al proceso de convicción contencioso-tributaria antecede la existencia de un procedimiento administrativo con una relativa actividad probatoria dirigida por la misma administración tributaria, del cual el juzgador tributario ignora su existencia hasta el momento mismo de presentación de la demanda. En este sentido corresponde al juez tributario, como paso preliminar en su proceso lógico jurídico, evaluar y verificar la legalidad, regularidad y validez del procedimiento que se ha seguido la administración.

En cuanto a la influencia que ejerce el *"Onus Probandi"* en el proceso de convicción del juzgador tributario, es preciso tener en cuenta varios aspectos. En primer lugar, se debe considerar que la normativa respecto de la carga de la prueba deja lugar a interpretaciones que, en última instancia, corresponde al juzgador tributario esclarecer. Por un lado, el Art. 169 del Código Orgánico General de Procesos señala que es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.

Hasta aquí, de manera preliminar, le corresponde al actor la carga de la prueba en todos aquellos aspectos que ha impugnado de manera directa. Por lo tanto, la administración tributaria no estaría obligada a probar, siempre y cuando su contestación niegue de manera simple o absoluta los hechos. Sin embargo, el mismo Art. 169 *ibídem* señala que la parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada, al ser también admisibles en ciertos casos la inversión de la carga de la prueba. Por lo tanto, de haber afirmación explícita o implícita de la administración tributaria sobre la impugnación realizada por el contribuyente, esta, necesariamente debe ser probada. Este parece ser el criterio reconocido por la Sala Especializada de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia. [52] En apoyo a esta dinámica probatoria, el Art. 82

51 Son excepcionales para este caso aquellas acciones que se deduzcan para obtener la declaración de prescripción de los créditos tributarios, sus intereses y multas; las de pago por consignación de créditos tributarios, y las de pago indebido, o pago en exceso planteadas directamente ante el Tribunal Contencioso Tributario.

52 En varias Jurisprudencias la ex Corte Suprema de Justicia se pronunció en el sentido señalado. Entre otras se puede consultar: Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 4.

del Código Orgánico Tributario consagra la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, lo cual refuerza la posición de la administración tributaria dentro del juicio contencioso tributario.

Debemos anotar, al menos de manera empírica, que la actividad probatoria de las administraciones se vuelve consecuentemente indolente, ligera y carente de elementos de convicción, toda vez que la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, falsamente, ha hecho creer que el tuétano de la prueba le corresponde enteramente al actor. Este hecho se vuelve más alarmante cuando en el contenido de la contestación a la demanda usualmente se encuentran sendas afirmaciones explícitas o implícitas, sobre la exención, extinción o modificación de la obligación tributaria. No es admisible, por lo tanto, que la actividad probatoria de la administración tributaria se limite a adjuntar al proceso copias certificadas del expediente administrativo y a enumerar normas, las cuales desde ningún punto de vista son objeto, ni materia de un escrito de prueba. [53] Lo mencionado deviene en detrimento de la calidad del proceso contencioso-tributario, y por lo tanto de la calidad de la convicción a la que lleguen los juzgadores tributarios.

El derogado Art. 259 del Código Tributario aportaba un elemento determinante para la formación del criterio del juzgador: *"Se presumen válidos los hechos, actos y resoluciones de las administraciones tributarias que no hayan sido impugnados expresamente en la reclamación administrativa o en la contenciosa ante el tribunal, o que no puedan entenderse comprendidos en la impugnación formulada sobre la existencia de la obligación tributaria. Respecto de los impugnados, corresponderá a la administración la prueba de los hechos y actos del contribuyente, de los que concluya la existencia de la obligación tributaria y su cuantía"*. Ciertamente, la eliminación de este artículo vino a dificultar la comprensión y evaluación de la carga de la prueba para el juzgador tributario, lo cual se refleja de manera directa en el proceso lógico jurídico que aquel realiza. En el fondo, la naturaleza de esta disposición tomaba en cuenta que los procedimientos contenciosos tributarios provienen, en la mayoría de casos, de procedimientos administrativos en los que ya se ha

---

1114.; Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. 2956.; Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. 2956.

53 Se puede evidenciar una tendencia notoria del Servicio de Rentas Internas de *"solicitar que se tenga como pruebas a favor de la administración tributaria"* las mismas normas legales que se han alegado durante el proceso administrativo y en la contestación a la demanda.

realizado algún tipo de actividad probatoria respecto de la existencia y cuantificación de la obligación tributaria y que, por lo tanto, sería más adecuado cargar el "*onus probando*" a la administración tributaria.

Como consecuencia, tenemos lo siguiente:

a) El actor está obligado a probar la verdad de sus declaraciones o la naturaleza de los antecedentes y monto de las operaciones que deban servir para el cálculo del impuesto.

b) Le corresponde a la administración tributaria probar que las declaraciones, documentos, libros o antecedentes del actor no son válidos para sustentar las actuaciones del sujeto pasivo. Cualquier modificación realizada con consecuencia sobre el valor a pagar de un tributo, a partir de una determinación directa o presuntiva a cargo de la administración tributaria, deberá respetar este precepto.

c) Corresponde al actor desvirtuar las impugnaciones de la Administración Tributaria, para obtener la nulidad o la invalidez del acto administrativo.

Como se ve, existe una imposición probatoria mayor para el actor que para el demandado, lo cual en un sentido de equidad, resulta gravoso para el contribuyente. Debemos tener presente que la administración tributaria cuenta con recursos más amplios y de mucho mayor alcance que los particulares. Por lo tanto, no está impedida de probar sus afirmaciones dentro del juicio. Por el contrario, el actor se encuentra limitado ante el apabullante aparato de fiscalización que posee aquella. Si se confronta la posibilidad real y efectiva de aportar pruebas al proceso, tendremos que es precisamente la administración tributaria quien se encuentra en condiciones de aportar pruebas para la convicción de los juzgadores.

Una vez finalizada la etapa probatoria (la más importante en cuanto a la formación de la convicción judicial se refiere), según el Art. 89 del COGEP corresponde al Tribunal dictar la sentencia respectiva la cual deberá ser motivada bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán al expresar los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del

derecho. Este pronunciamiento para ser legítimo y eficaz en ningún caso puede ser arbitrario o laxo, y deberá contener una confrontación lógica de hechos, pruebas y presunciones que han llevado a la certeza de lo que se afirma en la sentencia.

3. LA FINALIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

Sin querer ser exhaustivos, podemos decir que la finalidad del proceso contencioso-tributario es obtener la certeza y convicción de los hechos con trascendencia tributaria a que ella se refiere, a través de los principios y garantías establecidos en el ordenamiento jurídico. Tal certeza o convicción es una creencia subjetiva de los jueces que conforman el tribunal que puede no corresponder a la realidad.[54] Sin embargo, en cualquier caso y en cualquier instancia, la finalidad teleológica de la prueba es obtener una sentencia justa, por encima de cualquier percepción teórica o formalista, la prueba es un eslabón más en la búsqueda de los fines propios del proceso contencioso-tributario, de la Constitución y del Derecho.

Alineada a tal finalidad, la prueba busca suministrar, dentro del proceso, el conocimiento de los hechos o actos que establecen la existencia de una obligación tributaria determinada, junto con su cuantificación, de manera que el tribunal obtenga para sí y para la sociedad la convicción de la verdad y existencia de tales hechos, y la misma sea expresada en una sentencia justa.

Dentro de la mente de los miembros del tribunal pueden ocurrir muchas posibilidades lógicas, dentro de las cuales se contempla el error o la arbitrariedad. Por tal motivo es esencial determinar, a la luz de la lógica y de la epistemología, las formas correctas de conocimiento, pensamiento y de formulación de juicios, a fin que el resultado confirme de manera sostenida y fundada la tesis del contribuyente o de la Administración.

En este punto debemos ser realistas en la determinación de las formas posibles del correcto pensamiento humano. Es imposible esta-

54 Nos remitimos a la discusión respecto de si el ser humano es capaz de aprehender la realidad material de la verdad, o solamente percibe una noción ontológica de la misma. Al respecto, creemos en la imposibilidad objetiva de conocer la verdad

blecer reglas universales que expliquen el pensamiento de los jueces que conforman el tribunal, y menos aun cuando este es válido o no. La línea visible de todo esto está cortada por la sana crítica, exteriorizada en la motivación de la sentencia. Así, a través de la motivación de la decisión, podemos determinar si un pensamiento es lógico o no, pues *"en el contexto jurídico no interesa saber todo lo que ha pasado por la cabeza del juez, no interesa saber por qué causas o con qué propósito ha declarado el juez probados ciertos hechos; lo que interesa saber es si esa declaración puede aceptarse como verdadera a la luz de las informaciones disponibles"*[55] Inclusive se puede estimarse la justicia de la decisión como un concepto concreto aplicado al caso, es decir, la mejor decisión posible con los elementos que se tiene a disposición.

El pensamiento humano en general, y el del juzgador en particular, es una asociación entre objeto del conocimiento (la realidad material de los hechos), percepción, pensamiento y el juicio. El objeto del conocimiento se refiere a los *"aspectos, propiedades y relaciones de los objetos, fijados en la experiencia e incluidos en el proceso de la actividad práctica del hombre, investigados con un fin determinado en unas condiciones y circunstancias dadas"* [56] Puede llegar a conocerse en su totalidad por el movimiento del pensamiento que se traslada de lo abstracto a lo concreto. En el proceso contencioso-tributario, el objeto del conocimiento lo constituyen los hechos con trascendencia tributaria determinados por la Administración tributaria en el acto administrativo impugnado, pero estos no pueden llegar a los jueces del tribunal de manera inmediata a sus sentidos. La percepción que el tribunal adquiere en el proceso proviene de las pruebas presentadas ante él de manea válida y legal, y consiste en *"la imagen integral del objeto (de los hechos) surgida como resultado de la actuación del mundo objetivo sobre los sentidos"* (lo añadido es nuestro). Por su parte, el juicio (como mecanismo de la inteligencia humana) *"es un pensamiento expresado en forma de proposición enunciativa en la cual se asevera algo sobre las cosas; objetivamente es verdadero o falso."* La prueba, por tanto, aporta a la determinación del valor de verdad de las conclusiones a las que el tribunal mismo ha llegado.

55 Gascón Abellán, Marina. *Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de* Algunas Consideraciones sobre la Relación Entre Prueba y Verdad, *de Michele Taruffo*. 51.

56 Rosental- Iudin. *Diccionario Filosófico*. Bogotá, Ediciones Universales de Colombia. 344

El conocimiento probatorio contiene cuatro elementos: a) el sujeto que conoce (el tribunal); b) el objeto (la obligación tributaria); c) la operación de conocer; y, d) el resultado obtenido por el proceso de conocimiento (sentencia). El objeto del conocimiento del proceso contencioso-tributario es independiente de la experiencia sensible transmitida a partir de la prueba, es decir, el tribunal nunca podrá aprehender la verdad material absoluta mediante la demostración, pues la percepción de los jueces que conforman el tribunal se da solo de manera indirecta. Sin embargo, se puede llegar a conocer válidamente y con certeza el objeto (en este caso, el hecho generador) aun así sea de manera indirecta, cuando el entendimiento es compatible con la prueba.

En adición, la prueba puede impactar en tres niveles de conocimiento posible: sensible, conceptual e intuitivo. El primero consiste en la captación del medio de prueba a través de los sentidos, el cual se almacena en forma de imagen en la mente de los jueces del tribunal. Es la aprehensión directa de las pruebas, que se hace posible de mejor medida en las audiencias de tipo oral. De su lado, el conocimiento conceptual radica en representaciones invisibles, inmateriales, pero universales y esenciales. Dentro del proceso contencioso tributario nos referimos al conocimiento del ordenamiento jurídico tributario, la comprensión de las normas contables y financieras, entre otras áreas vinculadas con el quehacer tributario. El conocimiento intuitivo es aquel que capta el objeto en un contexto amplio, como una totalidad. Equivale a la interpretación que debe realizar el tribunal para adaptar la norma tributaria al hecho generador, o la deducción, exención o rebaja.

Así, todo el juicio contencioso-tributario busca, con sus matices propios, conocer la realidad procesal que ya ha transitado, inclusive un procedimiento administrativo anterior. Por eso, el tribunal ha de entender que *"Si estamos convencidos que un hecho ha de producirse de una determinada manera, es porque la experiencia nos lo ha presentado siempre asociado a otro hecho que le precede o que le sigue, como su causa o efecto. Si oímos una voz en la oscuridad, estamos seguros de la presencia de una persona: no porque hayamos alcanzado tal seguridad mediante un razonamiento a priori, sino que surge enteramente de la experiencia, cuando encontramos que objetos particulares cualesquiera están constantemente unidos entre sí"* [57]

57 Hume. *El Origen del conocimiento y sus clases.* Internet. www.webdianoia.com/moderna/hume Acceso: 18/12/09

A partir de la terminología de Michele Taruffo, el proceso contencioso tributario utiliza una epistemología constructivista, la cual *"entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto. En estricto sentido, no cabe hablar de un* "conocimiento objetivo"; *o, si se quiere, la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido... Estas tesis se vinculan a la teoría del adversary system y, en general, a las posiciones ideológicas del proceso civil que conciben este esencialmente como un instrumento para la resolución de conflictos."* [58]En esta epistemología, no tiene sentido buscar la verdad de los hechos, ni inquirir si el pensamiento del tribunal es correcto o incorrecto. Lo realmente importante en el proceso es la persuasión que tiene aquel, o dicho de otra manera, el estado psicológico de poseer la verdad.

Respecto a la finalidad cognoscitiva de la prueba, podemos mencionar que lo constituye la totalidad formada por la suma de pruebas y actuaciones que el tribunal ha acumulado durante el proceso. El conocimiento se forma por el contacto inmediato que aquel ha tenido con los hechos probados, así como de la actuación determinadora de la Administración Tributaria. Sin embargo, el conocimiento que importa en el proceso no es solamente aquel que proviene de las pruebas, ni de la intelección del tribunal por separado, sino que, por el contrario, importa aquel que ha sido obtenido a través de un ejercicio operacional de pruebas, intelección y juicio como un todo. El conocimiento que aportan las pruebas debe ser auto integrante, es decir, *"una parte vincula a la otra, hasta que el todo quede formado. Aquí el intelecto interioriza el proceso del conocer mediante lo consciente, lo inteligible y lo racional. Es el intelecto que dinamiza lo material (las pruebas) uniendo conceptos y combinándolos con los objetos para formar un todo a partir y en función del intelecto."*

Adicionalmente podemos decir que *"es evidente que hay un principio de conexión entre los distintos pensamientos o ideas de la mente y que, al presentarse a la memoria o a la imaginación, unos introducen a otros con un cierto grado de orden y regularidad... esa asociación se produce siempre siguiendo determinadas leyes: la de semejanza, la de contigüidad en el tiempo o en el espacio, y la de causa o efecto"* [59]. Bajo estas condiciones, se

58 Gascón Abellán, Marina. *Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de* Algunas Consideraciones sobre la Relación Entre Prueba y Verdad, de *Michele Taruffo*. 45

59 *Hume. El Origen del conocimiento y sus clases.* Internet. www.webdianoia.com/moderna/hume Acceso: 18/12/09

reduce dramáticamente el espacio del error, pues el poderoso proceso del conocer permite acceder con más claridad a la certeza.

Si resulta insuficiente, obscura o con poca conexión causal lógica entre lo probado y la realidad, el juzgador no puede completar el proceso auto integrante del conocimiento (fase intelectual), por lo que se rompe la estructura cognoscitiva, y la certeza se aleja, con lo cual opera automáticamente la presunción de legitimidad y validez del acto administrativo impugnado.

Una vez aprehendidos los hechos, la mente de los jueces del tribunal procede a formular varios juicios y raciocinios de la más variada naturaleza en su mente. En este momento es cuando aparece el raciocinio con el fin de suministrar un conocimiento nuevo, distinto al obtenido de los hechos probados, y de los juicios que sobre ellos se ha construido, es decir, una conclusión. *"Se llama raciocinio a la operación lógica por medio de la cual obtenemos un conocimiento nuevo, inferido, partiendo de otro conocimiento."* [60] El raciocinio puede ser inductivo (a partir de un conocimiento particular se obtiene uno general, por ejemplo al evaluar el trato contable dado a ciertos activos, se puede llegar a establecer que se han cumplido los requisitos para deducirse como gastos de la base imponible); deductivo (a partir de un conocimiento general se obtiene uno particular, como es el caso de cualquier presunción tributaria); y traductivo (a partir de un conocimiento específico se obtiene otro de igual especificidad, por ejemplo, al haberse constatado el pago de las aportaciones de seguridad social de los trabajadores, se puede llegar a la conclusión que corresponde tal deducción del gasto de sueldos y salarios de la base imponible para el pago de impuesto a la renta).

A riesgo de simplificar demasiado un proceso tan complejo, podemos decir que en el proceso contencioso-tributario tiene capital importancia la figura deductiva del silogismo, pues toda resolución está reconducida a ese esquema (aunque realmente la sentencia sea mucho más que un simple silogismo). Tradicionalmente se ha dicho que la premisa mayor la constituye la norma legal, la premisa menor es el hecho que se debe constatar a través de las pruebas (esto es la existencia y modalidad de la obligación tributaria, así como su sujeto pasivo), y la conclusión, que es la sentencia en sí. Aunque sirve para ilustrar didácticamente un proceso mental del juzgador, hoy por hoy se en-

60 Rosental- Iudin. **Diccionario Filosófico**. Bogotá, Ediciones Universales de Colombia. 38

cuentra en decadencia la conceptualización del juzgador como "boca de la ley", al ser obligación de las juezas y jueces tributarios, ante todo velar por la constitucionalidad y legitimidad de sus decisiones. Por lo tanto, el silogismo más de una vez deberá ser reconsiderado, si la aplicación estricta de la ley, supone un quebrantamiento de derechos constitucionales con un mayor peso ponderado.

Al final de todo el proceso lógico-jurídico corresponde al tribunal exteriorizar el cúmulo de impresiones, percepciones y sensaciones procesadas por el pensamiento como ideas y juicios, en una decisión firme y fundamentada. El conocimiento adquirido por el tribunal durante el proceso contencioso-tributario entra en el momento crítico de decidir respecto de la legalidad y legitimidad del acto impugnado, así como de la procedencia de la demanda. Las pruebas de cargo se confrontan a las de descargo y se mide cuál de ellas fue suficiente para crear convicción.

Consideramos que el tribunal puede aceptar la demanda del contribuyente en base a hechos que, sin estar establecidos de manera irrefutable, son más creíbles o más probables (nos referimos a una probabilidad fuerte). Así, no es suficiente que sea una hipótesis posible, sino que debe parecer, a los ojos del tribunal, como la posibilidad más probable. [61]

En conclusión, la prueba contencioso-tributaria busca llevar al juez tributario al conocimiento de la existencia de obligaciones tributarias, deducciones o exenciones, dentro del contexto del proceso. Sin embargo, pudiera pasar que las pruebas no reflejen exactamente la verdad, sino una idea deformada o distorsionada de esta, lo cual no implica que la prueba no cumpla su fin, que no es otro que permitirle al tribunal resolver la controversia con arreglo a lo que éste, como cuerpo colegiado, considera que es verdad. [62]

El resultado de la actividad probatoria contenciosa-tributaria se concreta con la conclusión del tribunal, expresada en sentencia, basada en los elementos de prueba que fueron aportados al proceso, y que deben servir para la aplicación de normas jurídicas sustanciales o procesales que los regulen.

61 Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, Ediciones del profesional, decimoctava edición. 170.

62 Devis Echandía, Hernando. *Teoría General De La Prueba Judicial*, TOMO I. Buenos Aires, Víctor P. de Zaudía, quinta edición, 1981. 255.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Devis Echandía, H. (1981). *Teoría General De La Prueba Judicial.* TOMO I. Buenos Aires, Víctor P. de Zaudía, quinta edición. 255.

Gascón Abellán, M. (s. f.) Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas Consideraciones sobre la Relación entre Prueba y Verdad, de Michele Taruffo.

Góngora Vega, I. y otros. (1984). *El Hombre y su Pensamiento.* PIME Editores.

Hume. (s. f.). El Origen del conocimiento y sus clases. Obtenido en: https://www.webdianoia.com/moderna/hume/hume_conoc.htm

Parra Quijano, J. (2006). Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Ediciones del profesional, decimoctava edición. 170.

Rosental- Iudin. (1994). Diccionario Filosófico. Bogotá, Ediciones Universales de Colombia.

Base Legal

Código Tributario (2014). Codificación No. 2005-09, Registro Oficial (Suplemento 405) de 29-dic.-2014, Ecuador.

Codigo Organico General de Procesos (2015). Registro Oficial (Suplemento 506) de 22-may.-2015, Ecuador.

Jurisprudencia

Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 4. 1114.

Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. 2956.

Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. 2956.

Recibido: 15/01/2017
Aprobado para publicación: 27/05/2017

Gonzalo Lascano Báez: Es abogado por la PUCE, magister en Derecho Tributario por la PUCE, Magster en Derecho Civil y Procesal Civil por la UTPL, candidato a Magister en Derecho de Empresa por la UASB. Ex Juez de Pichincha y ex Secretario Relator de la Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia. En la actualidad se desempeña como docente docente titular de la PUCE, y como socio principal y gerente del estudio jurídico LEXALIANZA.

Correo electrónico: GGLASCANO@puce.edu.ec

Constitución de los Estados Unidos: Mutación de su Normativa

Constitution of the United States: Mutation of the Constitutional Text

Mgtr. Francisco López Rueda
Profesor Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 203-217, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El artículo explica brevemente la teoría de la mutación constitucional y su diferencia con una reforma o una enmienda a una constitución. Al partir de esto, el artículo hace un estudio breve sobre mutaciones de la Constitución de los Estados Unidos y su influencia en la forma en la que el Derecho es entendido en este país, así como también la influencia de una mutación en sistemas jurídicos alrededor del mundo.

PALABRAS CLAVE: Mutación, Constitución, Corte Suprema de los Estados Unidos, Hermenéutica, Enmienda.

ABSTRACT: The article briefly explains the theory of a constitutional mutation, and the difference between it and a constitutional reform or a constitutional amendment. The article discusses the influence of the mutation of the Constitution of the United States among Law around the world. At the same time, the article provides an opinion about the influence of the mutation of the Constitution of the United States upon legal systems all worldwide.

KEYWORDS: Constitutional mutation, Constitution, Supreme Court of the United States, Hermeneutics, Amendment.

INTRODUCCIÓN

La mutación constitucional, como forma de alterar el contenido de una constitución, ha sido poco estudiada. Sin embargo, no es ajena a doctrinarios, especialmente europeos, que han tratado de explicarla

como una forma válida de interpretación constitucional. La mutación –tal como su nombre lo indica– es el cambio, pero no un cambio físico, sino un cambio implícito, no expreso.

Todos los sistemas jurídicos alrededor del mundo han realizado mutaciones a sus constituciones, aun cuando no hayan caído en cuenta que las realizaron. El trabajo que se presenta a continuación tiene como objetivo explicar brevemente algunas mutaciones que ha sufrido la Constitución de los Estados Unidos sin que este documento hubiere sufrido alguna alteración en su texto, vigente desde 1789.

Una mutación constitucional va más allá de una simple interpretación. Es la concreción de un cambio, un cambio en el sentido propio de la constitución. Las mutaciones constitucionales buscan darle un nuevo sentido al texto constitucional. En la mayoría de los casos este nuevo sentido busca refrescar un documento del cual depende no solo la estabilidad jurídica, sino también la estabilidad política de todo un país.

En las siguientes páginas se podrá leer un estudio del inicio de las mutaciones constitucionales, así como también mutaciones que ha sufrido la Constitución de los Estados Unidos en un tema en concreto: la cláusula de comercio del artículo 1 de la Norma Suprema.

1. REFORMA Y MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

El valor de una constitución no se mide por su contenido o texto escrito, sino por la forma en la que las personas que la aplican aceptan el alcance de sus normas. En la correcta aplicación del texto constitucional, una analogía válida sería la de una prenda de vestir y el cuerpo del dueño de la prenda. La prenda debe amoldarse al cuerpo de la persona y no al contrario. Lo mismo sucede con una constitución y la sociedad en la que sus normas van a regir. No es la sociedad la que debe acoplarse a una constitución irreal, sino que es la constitución la que debe reflejar la realidad de la sociedad a la que va a regular. Al desarrollar la analogía, así como las personas nos encontramos en graves problemas a la hora de vestir una prenda más grande o más pequeña que nuestros cuerpos, una sociedad enfrenta complicaciones al tratar de acatar normas constitucionales alejadas de la realidad.

Es cuestionable entonces la posición de algunos autores, adeptos o adictos a corrientes constitucionales que han calado en países como

Ecuador, Bolivia y Venezuela, principalmente, que sostienen que las constituciones están para traer nuevos paradigmas e ilusiones a las sociedades actuales en busca de un orden que se nutre de muchos otros componentes, no solo el jurídico. Una constitución que no refleja la realidad del país en el que va a regir es un texto condenado a sufrir de un interminable lirismo.

Sería sencillo copiar literalmente textos constitucionales que han resultado exitosos en otros países para así encontrar un equilibrio en sociedades que aun enfrentan retos a la hora de acatar normas básicas de convivencia. La historia nos ha demostrado que hacerlo no lleva a buen futuro a los países en los que los gobernantes creen que elaborar normas jurídicas perfectas –como si estas existiesen– pueda cambiar el destino de toda una nación.

América Latina ha sido el perfecto ejemplo de como la adopción de constituciones irreales provoca, no solo inestabilidad en todos los órdenes estatales, sino también el constante cambio y reforma de normas supremas en busca de un nuevo orden estatal. Concretamente, Ecuador desde su independencia en 1830 ha tenido un número elevadísimo de textos constitucionales, al llegar a los 20, es decir, en un promedio de una constitución nueva cada 10 años [63]

Ahora bien, creer que una constitución es un texto cuasi sagrado e inmutable también es poco realista. Una constitución no puede permanecer sin ningún cambio a través del tiempo, puesto que las sociedades también cambian. No hay mayor sentido en creer que mientras más intocable una constitución, mayor la seguridad jurídica de un país. La seguridad jurídica como tal no solo depende de la poca reforma de normas escritas, sino también de la estabilidad del orden jurídico con el pasar del tiempo.

Se presentan entonces, sin ser exclusivas, dos opciones cuando una constitución deja de ajustarse a la realidad de un país. Una reforma expresa de la constitución, esto es, activar el poder constituyente, o por otro lado, que el órgano encargado del control de constitucionalidad realice interpretaciones extensivas del texto constitucional que le permitan, sin alterar el sentido o el espíritu de la constitución,

63 Se puede consultar los textos de las constituciones de Ecuador en la página web de la Asamblea Nacional del Ecuador, en http://archivobiblioteca.asambleanacional.gob.ec/constituciones-del-ecuador.

acoplar las normas constitucionales, en su tenor literal caducas, a una aplicación actual y flexible.

La primera opción, la reforma constitucional, es la solución más salomónica en el sentido de contar con varias opiniones dentro de la sociedad sin dejar de lado a actores que podrían aportar una visión distinta de la del constituyente, enquistado este último en tecnicismos jurídicos ajenos en algunos de los casos a la voluntad popular. La segunda opción es la interpretación del texto por parte del órgano encargado del control de constitucionalidad, y podría resultar riesgosa.

La reforma constitucional en estos casos daría mayor seguridad, puesto que el poder constituyente derivado entraña siempre el acatamiento de normas o reglas para su funcionamiento. La reforma constitucional no se activa sin el designio previo de las normas relativas al tema. Una constitución sigue un camino previamente trazado para su propio cambio.

La reforma constitucional, por su naturaleza misma, difiere de un mero cambio legal, lo cual da mayor estabilidad a una constitución. No es sano para una sociedad que una reforma se dé sin mayores dificultades, así como tampoco es sano tener una constitución extremadamente rígida.

Por su parte, la interpretación constitucional puede convertirse en riesgosa, puesto que esta depende no solo de técnicas legales y doctrinarias, sino básicamente de la visión de la persona que realiza el ejercicio interpretativo y de su posición política.

Una interpretación constitucional, sin límites claros, puede fácilmente caer en una situación que desvirtúe el sentido o el espíritu mismo de la norma suprema. Tal como Canosa (1998) explica, es la propia constitución la que da ciertas "pautas hermenéuticas" que deben ser acatadas por el intérprete para evitar salirse del sentido claro de la norma.

La cuestión está en saber si esas "pautas hermenéuticas" tienen un sentido más cercano a una regla de interpretación o si solamente son meros lineamientos que el intérprete no debería abandonar, pero que en sí no son una norma de estricto cumplimiento.

En caso de que las pautas sean meros lineamientos, el riesgo que se presenta en la interpretación es que esta sea tan libre y extensiva que

esto no dependa de la norma como tal, sino de la visión del intérprete y esto comprende no solo su formación académica, sino también sus convicciones personales, sin las cuales su trabajo de interpretación de un texto constitucional no podría llegar a ser lo suficientemente válido.

Una interpretación libre y extensiva del texto constitucional bien podría terminar en una forma sui generis e innovadora de ver a la constitución lo cual beneficiaría a la sociedad entera, pero por otro lado podría devenir en un efecto poco deseado en sociedades respetuosas de la norma jurídica, esto es, en una mutación constitucional.

1.1. Mutación constitucional

Al hablar de una mutación constitucional, tal como su nombre lo indica, es un claro cambio en el sentido de la constitución de un país, pero este guarda pocas similitudes a una reforma constitucional. Una reforma cambia el sentido literal del texto para futuro, al hacer que el intérprete deba ajustarse a una nueva forma de entender al pasaje como tal.

En la mutación constitucional nos encontramos frente a un cambio del sentido del texto de la constitución, sin que este cambie expresamente. La mutación depende del órgano que interpretó la constitución, lo cual puede tornarse en extremadamente subjetivo al tener en cuenta que, a simple lectura, la constitución resulta la misma que el estudiante, el abogado o el lector común pueda observar o estudiar, pero el sentido en el que es aplicada ha cambiado.

Al considerar en cuenta lo anterior, la mutación constitucional está íntimamente ligada a la interpretación del texto de la norma suprema. Una mutación ahorra a la persona o grupo de personas que la interpretan el proceso, en algunos casos lento y demorado, de reformar la constitución bajo sus propios procedimientos.

Amparados en el concepto de mutación constitucional se puede opinar que la constitución goza de una cierta estabilidad, puesto que no es reformada expresamente y su texto como tal sigue indemne, pero el sentido de su texto ha cambiado, de forma tal que si ese hubiese sido objeto de una reforma, tal vez hubiese requerido no solo el cambio de uno o varios artículos en específico, sino también la adopción de una nueva constitución para un país.

En cierto sentido esta institución, la mutación, respeta principios de perdurabilidad en el tiempo de una constitución. Sin alterar procesos formales de reforma, o sin caer en acciones inconstitucionales, la mutación ofrece la posibilidad de entender al texto de una forma distinta y nueva que se ajuste a una constitución vieja a tiempos modernos.

La mutación constitucional como doctrina tiene una vida relativamente reciente. Parte de una conferencia de Georg Jellinek pronunciada en 1908, la que posteriormente traducida y adaptada al castellano por Manuel García Pelayo adquiere el nombre de mutación.

Posterior a los trabajos de Jellinek, varios autores como Hsü-Dau-Lin y Heller desarrollaron bajo sus propias perspectivas a la doctrina de mutación constitucional (Da Silva, 1999). La mutación como tal tiene una finalidad clara: flexibilizar textos constitucionales que en sentido formal gocen de una rigidez incuestionable. La doctrina se desarrolla en Europa en un período entre guerras, tiempo en el cual los cambios en todo el Derecho Constitucional fueron de especial importancia para el destino del planeta entero.

Conrad Hesse, más conservador en cuanto a la mutación constitucional, opinaba que una mutación sería válida si y solo si esta no cambiaba el sentido del texto constitucional. Para Hesse (Da Silva, 1999) las mutaciones constitucionales dejan de tener sentido cuando la variación de la constitución es tal que la misma debilita como tal a la norma suprema, desproveyéndola de la estabilidad que necesita para ser la norma madre del ordenamiento jurídico.

Bajo este razonamiento, las mutaciones constitucionales solo serían válidas, en una perspectiva absolutamente conservadora, para solventar o llenar vacíos constitucionales. En este sentido se puede hablar de una "función constituyente difusa" mediante la cual la mutación constitucional solo complementa el trabajo que el constituyente omitió, bien sea por descuido, bien por una intencionalidad clara en la que el constituyente considera que es mejor dejar cabos sueltos en una constitución para que esta sea interpretada por el órgano de control de constitucionalidad, en muchos casos las cortes de justicia, así como también las cortes o tribunales constitucionales.

Otros autores como Parejo (2005) también tiene la misma postura al sostener que una mutación constitucional no puede llenar lagunas

o vacíos constitucionales, puesto que esto indefectiblemente derivará en una infracción constitucional.

En relación a la opinión de Hesse, ¿Cuál sería el sentido de una mutación constitucional, sin que esta varíe el sentido de la constitución? No hay sentido alguno en poner en práctica una mutación que no cambie el sentido del texto de la norma. Una mutación que únicamente llene vacíos constitucionales no es propiamente una mutación, sino solamente una interpretación técnica.

La mutación constitucional como tal es una institución que está en constante desarrollo. Es difícil determinar de dónde surge una mutación y cuáles son sus límites, así como llegar a determinar una mutación válida de una que solamente sea una inconstitucionalidad flagrante y en fiel contravención al espíritu de la constitución entera.

"Hsü-Dan-Lin distingue cuatro tipos de mutaciones constitucionales: a) las debidas a prácticas políticas que no se opongan formalmente a la Constitución escrita, y para cuya reglamentación no exista norma constitucional; b) las debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos constitucionales; c) las producidas por imposibilidad del ejercicio, o por desuso, de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución; d) las producidas por interpretación de los términos de la Constitución, de tal modo que los preceptos obtienen un contenido distinto de aquel con el que en principio fueron pensados"(Da Silva, 1999) [64].

Para el objetivo de este trabajo, es decir, analizar las mutaciones de la Constitución de los Estados Unidos, al partir de la clasificación que Hsü-Dan-Lin realizó, se partirá por analizarlas desde el punto d del parágrafo anterior. Las mutaciones en Estados Unidos, más que por motivos políticos, se han dado para dotar al texto de norma suprema de un contenido distinto de aquel que se puede leer. Aun con la influencia política de los miembros de la Corte Suprema de Estados Unidos, estos a través de su historia, han desarrollado mutaciones con un sentido más técnico jurídico que político.

64 En el trabajo del profesor José Alfonso Da Silva no se establece una referencia a la traducción oficial de los ensayos de Hsü-Dan-Lin, por lo que se utiliza una traducción e interpretación de Pedro de la Vega.

1.2. Mutación de la Constitución de los Estados Unidos

El mito bajo el cual el mundo del Derecho vive y ha vivido es que la Constitución de los Estados Unidos es uno de los textos fundamentales más estables del mundo, además de la Constitución de un estado federal con más antigüedad. Al tener en cuenta que es uno de los textos constitucionales más pequeños del mundo, con solo 4400 palabras, esta norma ha sido el conducto de grandes cambios en el mundo jurídico, no solo en Estados Unidos, sino también en el resto del mundo.

Irónico resulta decir que un texto tan pequeño pueda regular tantos temas a la vez. Es necesario decir que esto también se da por la forma en la que el sistema jurídico del *case law* funciona, distinto del sistema civilista. El sistema jurídico que se maneja en Estados Unidos –que deberá ser objeto de un trabajo distinto y más extenso– se regula por precedentes jurisprudenciales más que en sí por la norma escrita, tal como en el sistema civilista.

A lo largo de sus 228 años de vida, la Constitución de Estados Unidos nunca ha sido reformada, y solo ha tenido 27 enmiendas, al representar la última aprobada en 1992. Incluso su procedimiento de reforma, regulado en el artículo 5 de la norma suprema, a pesar de su aparente sencillez, tan distinto a los procesos de reforma en América Latina, entraña una complejidad absoluta.

El proceso de enmienda de la Constitución se puede dar solamente por la aprobación de ambas cámaras del Congreso de Estados Unidos, así como también por las legislaturas de los 50 estados, es decir, que debe existir un consenso generalizado que el cambio político que va a tener el país por medio de la enmienda debe favorecer a la Unión en general, no solo a alguno o a un grupo de estados. Por este motivo, como ya se ha señalado, la Constitución ha tenido solamente 27 enmiendas en temas fundamentales para el país entero.

Por otra parte, se puede convocar a una convención nacional para que proponga enmiendas a la Constitución; huelga decir que este procedimiento nunca se ha puesto en marcha en 228 años. Se podría llegar a considerar que esta convención nacional es lo más parecido a una asamblea constituyente en países latinoamericanos.

La pregunta que cabe con estos antecedentes es si la Constitución de Estados Unidos no ha tenido una reforma a lo largo de su vida jurídica, ni ha tenido demasiadas enmiendas, ¿cómo ha logrado sobrevivir en el tiempo?

La respuesta no es sencilla y deberá ser analizada en un trabajo mucho más amplio, pero para efectos de este artículo, luego de una reflexión del autor, la conclusión es que la Constitución de los Estados Unidos ha pasado por varios procesos de mutación por parte de la Corte Suprema del país. Ha sido el análisis de casos particulares el que lleva a la interpretación extensiva del texto normativo de la Constitución.

La interpretación por parte de los jueces de la Corte Suprema se hace, en apariencia, libre de cualquier vinculación política, aunque no en todos los casos; pero esto ha ocasionado que algunos apartados de la Constitución pierdan su sentido original y, a su vez, tengan un alcance normativo mucho mayor del que su texto dicta.

La técnica de interpretación de la Constitución, lo cual ha facilitado su mutación, depende del juez que la estudie. No todos los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos tienen la misma visión del alcance del texto constitucional, pero todos han interpretado normas en aplicación directa de casos individuales. Varios de estos casos son los que han activado la mutación constitucional.

Existe un tema en específico en la Constitución de los Estados Unidos que ha sido objeto de una interpretación tal por parte de los jueces de la Corte Suprema, que se considera como una mutación constitucional. Este es el caso de la *commerce clause*.

El artículo 1 de la Constitución de los Estados Unidos regula a la función legislativa, al Congreso y sus dos cámaras; este artículo, dividido en secciones, enumera las atribuciones del legislativo. Entre las atribuciones del Congreso está la de regular el comercio con otras naciones, entre estados de la federación y con las tribus indígenas.

"The Congress shall have the power… (to) regulate Commerce with foreign Nations, and among several States, and with the Indian Tribes…" [65]

Estas dos –en apariencia– simples líneas le dan poder al Congreso de los Estados Unidos sobre un aspecto de fundamental importancia

65 Artículo 1 §8 numeral 3 de la Constitución de los Estados Unidos.

para el país, el comercio. A simple lectura no hay ningún aspecto extra al comercio que este apartado garantice o norme, pero con el paso del tiempo la Corte Suprema, a través de este artículo, ha llegado al extremo de garantizar derechos fundamentales.

La regulación del comercio, acorde a la lectura de ese artículo, es el punto central de ese apartado, pero llegar a pensar en garantía de derechos fundamentales no tiene otra explicación clara que una mutación constitucional. A continuación, se explicarán dos casos en los que la interpretación de los jueces desembocó en una mutación sin alterar el tenor literal del texto constitucional.

El desarrollo jurisprudencial, propio del *case law system*, sería de gran ayuda para desarrollar una variación del sentido de la Constitución sin caer en una reforma expresa o en una enmienda innecesaria para el texto constitucional. La sola interpretación del alcance de la norma es suficiente para dar un ámbito de protección a una sección que ordinariamente no toparía ningún tema relativo a derechos fundamentales.

El contexto histórico en el que se desarrollan las dos sentencias que operativizan la mutación constitucional se sitúa en la segunda mitad del siglo XX, concretamente con la Ley de Derechos Civiles de 1964, la cual frenó la discriminación y segregación en Estados Unidos, por lo menos en apariencia. La Ley de Derechos Civiles establecía que era ilegal que "*any inn, hotel, motel, or other establishment which provides lodging for transient guests to discriminate on the basis of race, color, religion, or national origin*" (May, 2013).

Las dos sentencias a las que se ha hecho alusión son *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* (1964) *y Katzenbach v. McClung* (1964). En el primer caso, el dueño de un motel, el Heart of Atlanta, que tenía 216 habitaciones, gozaba de una ubicación privilegiada en Atlanta y según sus registros el 75% de sus huéspedes eran de fuera del Estado (Chemerinsky, 2015), decidió demandar la inconstitucionalidad de la Ley de Derechos Civiles, puesto que consideró que la misma atentaba contra la *commerce clause* al prácticamente obligarle aceptar en sus instalaciones a todo tipo de huéspedes, incluidos afroamericanos.

La Corte, en su interpretación de la Constitución, decidió que las acciones del dueño del Heart of Atlanta tenían una afectación para el comercio entre estados, ya que, si el 75% de huéspedes provenían de fuera del Estado, entonces la discriminación o la no aceptación de

afroamericanos en su establecimiento era un tema que, fuera de la vulneración de derechos civiles, afectaba más que nada al comercio entre estados, lo cual debía ser regulado por el Congreso. La Corte afirmó que *"voluminous testimony (before Congress) presents overwhelming evidence that discrimination by hotels and motels impedes interstate travel"* (Chemerinsky, 2015).

La mutación de la Constitución es clara. La Corte con su interpretación le dio un nuevo sentido a la sección de la cláusula de comercio en el texto constitucional, ya que en el tenor literal no se regula absolutamente nada sobre derechos civiles, dado que todo es un tema netamente económico, pero la Corte decidió que este aspecto económico acabaría por proteger derechos civiles. El texto escrito ha permanecido intacto, sin embargo, el alcance de su interpretación cambió y ha servido como precedente para poder proteger derechos civiles en casos en los que el comercio se vea envuelto.

Por otro lado, en *Katzenbach v. McClung*, un restaurante familiar, el Ollie's Barbecue, situado en Birmingham, Alabama, bajo el mismo criterio del Heart of Atlanta afectó derechos civiles en estricta relación con el comercio entre estados. En este caso, el Ollie's Barbecue utilizaba al año un 46% de carne proveniente de fuera del Estado de Alabama, con lo que la decisión del dueño del restaurante de no aceptar a afroamericanos en su local afectaba directamente el comercio entre estados, con lo cual los derechos civiles nuevamente se vieron afectados por una relación de ámbitos comerciales.

La Corte, para fortalecer sus argumentos, empleó testimonios que se llevaron a cabo en el Congreso de Estados Unidos mientras se elaboraba la Ley de Derecho Civiles; es así que según estos testimonios *"afforded ample basis for the conclusion that established restaurants in such areas sold less interstate goods because of the discrimination that interstate travel was obstructed directly by it, that business in general suffered and that many new businesses refrained from establishing there as a result of it"* (Chemerinsky, 2015).

En este caso la Corte, como ya se ha dicho, llegó a la conclusión que la vulneración de derechos de afroamericanos afectaba directamente el comercio entre estados. Esto no solo es una interpretación de la Constitución, sino que también es una mutación de la misma. Es difícil encontrar precedentes en los cuales derechos civiles o fundamentales sean protegidos a través del comercio entre estados o países.

Es necesario destacar que los miembros de la Corte Suprema en ambos casos tomaron las decisiones de forma unánime. A través de su interpretación libre, los jueces de la Corte mutaron el contenido de la Constitución. En un hábil y conveniente movimiento, manejaron el momento político con brillantez. El Judicial era el único poder que faltaba por respaldar a la Ley de Derechos Civiles presentada por el Ejecutivo y aprobada por el Legislativo, con lo cual la mutación constitucional dio el toque final de legitimidad a la nueva visión del país para la protección de un grupo humano largamente discriminado.

La mutación en este par de casos en Estados Unidos no cambió el texto constitucional, no reformó la Constitución expresa o tácitamente. El texto original de 1789 es el mismo, pero su interpretación ya no es la misma. Bajo cualquier consideración la cláusula de comercio de la Constitución de Estados Unidos, a simple lectura, no es más que regular aspectos comerciales o mercantiles del país, pero a partir de 1964 esto ya no es así. La cláusula de comercio, por interpretación del órgano de control de constitucionalidad, pasó a garantizar derechos fundamentales o civiles.

Bajo la misma perspectiva, aunque es un tema de otro artículo por su amplitud, la Constitución de los Estados Unidos sufrió una de sus primeras mutaciones con una decisión de la Corte Suprema que ha sido la piedra angular de sistemas jurídicos alrededor del mundo desde 1803, *Marbury v. Madison*. En esta decisión, que fue el fundamento para el *judicial review* o control de constitucionalidad, la Corte mutó de tal forma el contenido de la Constitución, que esta le dio poderes amplios a la Corte Suprema que el soberano, esto es, el pueblo, no le dio en el texto original de la Constitución.

La sentencia *Marbury v. Madison* fue fruto de una interpretación extremadamente extensiva por parte de la Corte. Por su importancia, pocas han sido las voces que se han atrevido a criticarla o contradecirla (Sanín, 2014). Sin embargo, fue un logro descomunal de miembros de un ala política que se aseguraron controlar un poder del Estado mientras perdieron los otros dos. *Marbury v. Madison* no nació por una necesidad jurídica, sino por una necesidad política de controlar el poder.

La Constitución de los Estados Unidos ha mutado, sin necesidad de que sea reformada, desde pocos años de su nacimiento. Una mutación constitucional influyó en la forma de entender el Derecho Constitucional alrededor del mundo desde mucho antes que la idea de muta-

ciones constitucionales exista. En 1803 una mutación constitucional cambió el destino de casi todos los sistemas jurídicos.

La sentencia a la que se ha hecho alusión dio un poder gigante a un órgano de control de constitucionalidad que no tiene ese poder en el texto escrito de la Constitución. La propia Constitución no les reconoce ese poder a los jueces, sin embargo, estos ejercen ese poder inconmensurable a diario, fruto de una mutación constitucional.

Para concluir, la mutación constitucional es una herramienta útil para controlar la forma en la que se aplica una constitución, pero esto depende no solo de fundamentos técnicos, sino también éticos. Una mutación constitucional con fundamentos poco éticos puede llegar a desvirtuar al espíritu de la norma suprema sin que un órgano político pueda frenarlo, ya que es casi imposible frenar una variación en el contenido de la constitución que no se haga de forma expresa. Intentar frenar una mutación constitucional conllevaría a entrometerse en el trabajo de una de las funciones del Estado, la Judicial, sin tener una justificación clara. En pocas palabras, frenar una mutación constitucional requeriría de un desequilibrio en los poderes del Estado.

2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

Balaguer Callejón, M. L. (1997). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico.* Madrid. Editorial Tecnos.

Canosa Usera, R. (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid. CEC.

Chemerinsky, E. (2015). *Constitutional Law principles and policies. New York*. Wolters Kluwer.

De Cabo Martín, C. (2003). *La Reforma constitucional*. Madrid. Editorial Trotta.

Gargarella, R. (2011). *La Constitución en 2020.* Argentina. Siglo Veintiuno Editores.

May, C. (2013). *Constitutional Law individual rights*. New York. Wolters Kluwer.

Ramírez Cleves, G. (2003). *Los límites a la reforma constitucional y las garantías – límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Garavito, C. (2011). *El derecho en América Latina. Argentina*. Siglo Veintiuno Editores.

Sanín Restrepo, R. (2014). *Teoría crítica constitucional*. Valencia. Tirant lo Blanch.

Schmitt, C. (2003). *Teoría de la Constitución*. Madrid. Alianza Universidad Textos.

Capítulos de libro

Parejo Alfonso, L. (2005). Las mutaciones constitucionales. Algunos ejemplos extraídos de la experiencia española y europea. En varios autores (2005). *Reforma de la constitución y control de constitucionalidad*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

Artículo de la web

Da Silva, J. A. (1999). Mutaciones constitucionales. Recuperado de: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/55617

Recibido: 10/02/2017
Aprobado para publicación: 27/05/2017

Francisco López Rueda (LLB, LLM): Es abogado por la UDLA, Especialista Superior en Derecho Constitucional por la UASB y Master of Laws (LLM) por la University of Southern California. Ha sido funcionario de la ONU, así como también Asesor en la Asamblea Nacional del Ecuador, Coordinador Jurídico en el CEAACES y Director de Regulación en el CORDICOM. Su práctica privada gira en torno a la asesoría empresarial y laboral. En la actualidad se desempeña como docente docente titular de la PUCE.

Correo electrónico: FJLOPEZ@puce.edu.ec

Recuperación de Bienes Arqueológicos desde la Perspectiva del Sistema Jurídico Venezolano: El Caso de la Piedra Sagrada Kueka Abuela

Recovery of Archaeological Property from the Perspective of the Venezuelan Legal System: The Case of the Kueka Abuela Sacred Stone

Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas, PhD
Profesora Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia). PhD por la Universidad de Salamanca.

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 219-228, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El documento desarrolla la idea de que la donación que realizó Héctor Hernández Mujica a Alemania, en su condición de presidente de INPARQUES en 1998, violó varias disposiciones legales vigentes en el ámbito nacional e internacional, que protegen al Parque Nacional Canaima, Patrimonio Natural de la Humanidad de la UNESCO desde 1994. Además, evalúa dicha normativa legal, que conforma el sistema de protección del patrimonio cultural y natural de Venezuela.

PALABRAS CLAVE: Recuperación de bienes arqueológicos, sistema jurídico venezolano, derecho internacional privado, protección jurídica, jurisdicción.

ABSTRACT: This paper develops the idea that the donation made by Héctor Hernández Mujica to Germany, in his capacity as president of INPARQUES in 1998, violated several legal provisions in force nationally and internationally, which protect the Canaima National Park, a UNESCO Natural World Heritage Site since 1994. In addition, it evaluates this legal regulation, which forms the system of protection of the cultural and natural heritage of Venezuela.

KEYWORDS: Recovery of archaeological assets, Venezuelan legal system, international private law, legal protection, jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

En 1998 el creador plástico Wolfang von Schwarzenfeld, ciudadano austriaco-alemán, se trasladó al Parque Nacional Canaima del estado Bolívar de Venezuela para seleccionar dos piedras como parte de una exhibición escultórica en homenaje a la Paz, denominada Global Stone, cuya ubicación estaría en Alemania. En ese contexto, se firmó un acuerdo entre Héctor Hernández Mujica –en aquel entonces presidente de INPARQUES (ente gubernamental responsable de los parques nacionales en Venezuela)– y el Encargado de Negocios de la Embajada de la República Federal Alemana, Hans Peter Pliscka, para la donación de una piedra de jaspe por parte de INPARQUES al pueblo alemán, como aporte a dicho proyecto. Una de estas piedras es conocida con el nombre de "Kueka Abuela" y, cabe aclarar, tiene una gran connotación cosmológica para el pueblo indígena Pemón, habitantes ancestrales de dicho territorio.

Wolfang von Schwarzenfeld a pesar de conocer el descontento del pueblo Pemón y la petición para que no se llevara esta piedra a Alemania, al contar con el beneplácito de las autoridades venezolanas de aquella época, ignoró dicha exigencia, al sacar la piedra de manera fraudulenta del lugar donde los indígenas la habían retenido para que no saliera de su territorio y menos del país. Este "artista" alegó que la roca era arenisca y por ello no podía ser considerada sagrada. Sin embargo, para el pueblo Pemón, el personaje mitológico Kueka [66] se encuentra dentro de esta piedra de casi 30 toneladas y de 12 metros cúbicos.

Ahora bien, las acciones del actual gobierno venezolano (que comenzó su mandato justo después de este acontecimiento), a través de la Comisión del Ambiente y Ordenación Territorial del extinto Senado, la Procuraduría General de la República, la Cancillería y el Instituto del Patrimonio Cultural, se han enmarcado en declarar la ilicitud de la mencionada donación y de la extracción de la piedra Kueka Abuela [67].

66 Kueka era un joven Pemón Taure Pam que fue en busca de la joven más bella de la comunidad Macuxi, irrespetando las normas establecidas por Makunaima, dios Pemón celoso y estricto. Luego de casarse, la pareja huyó; pero Makunaima los persiguió, los maldijo y sopló al viento una oración: entonces, Kueka y su esposa fueron convertidos en piedra.

67 Resolución del Ministerio Popular para la Cultura de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.346, de fecha 14/01/2010.

En vista de lo antes expuesto, comparto la idea que ciertamente la donación que realizó Héctor Hernández Mujica a Alemania, en su condición de presidente de INPARQUES en 1998, violó varias disposiciones legales vigentes en el ámbito nacional e internacional, que protegen al Parque Nacional Canaima, Patrimonio Natural de la Humanidad de la UNESCO desde 1994. Estudiaremos a continuación dicha normativa legal, que conforma el sistema de protección del patrimonio cultural y natural de Venezuela.

1. NORMATIVA VENEZOLANA SOBRE PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES Y LA SUSTRACCIÓN DE LA PIEDRA SAGRADA KUEKA ABUELA

El 15 de marzo de 1999, la Procuraduría General de la República venezolana emitió su opinión sobre el caso, al señalar que la extracción de jaspe es una actividad prohibida en los Parques Nacionales, según lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley de Minas [68]. Así como en las disposiciones contenidas en el artículo 21 y siguientes de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional [69], que prevé que ningún funcionario público podrá disponer por medio de permisos y autorizaciones de bienes pertenecientes a la República, de lo contrario se le aplicarán las sanciones correspondientes. De igual forma, determinó la Procuraduría que dicha donación fue violatoria a la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio[70] , en lo correspondiente a la Administración de Áreas Bajo Régimen de Administración Especial y del Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso de Sector Oriental del Parque Nacional Canaima.

Además, a mi entender, la sustracción arbitraria de esta piedra con valor ancestral para el pueblo indígena Pemón, que forma parte del patrimonio de la República venezolana [71], se hizo en franca violación del artículo 2 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, que determina:

68 Publicada en la Gaceta Oficial Nº 36.687 de fecha 26/04/1999.

69 Publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.238 de fecha 10/08/2009.

70 Publicada en la Gaceta Oficial Nº 3.238 Extraordinario de fecha 11/08/1983.

71 Artículo 6.13 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial Nº 4.623 Extraordinario, de fecha 03/10/1993.

"La defensa del Patrimonio Cultural de la República es obligación prioritaria del Estado y de la ciudadanía.

Se declara de utilidad pública e interés social la preservación, defensa y salvaguarda de todas las obras, conjuntos y lugares creados por el hombre o de origen natural, que se encuentren en el territorio de la República, y que por su contenido cultural constituyan elementos fundamentales de nuestra identidad nacional".

Al mismo tiempo, se violaron los artículos 3, 4, 9 y 15 del Decreto 1640 del 5 de junio de 1991: Plan de Ordenamiento y Reglamento de uso del Sector Oriental del Parque Nacional Canaima, dictado por el Ejecutivo venezolano, que consagran la prohibición de extraer cualquier recurso que pueda romper los ecosistemas e irrespetar la cultura y creencias de los pobladores originarios.

Es importante que tengamos presente que para autores como Blanc Altemir, la noción de patrimonio común de la humanidad "se proyecta igualmente a otros ámbitos específicos como el cultural (patrimonio arqueológico y artístico) o el natural (especies salvajes y medio ambiente), en lo que se ha llamado "el patrimonio común de la humanidad por afectación", desde el momento en que la práctica totalidad de este se encuentra bajo competencia estatal, al faltar por lo tanto el elemento fundamental de la exclusión de soberanía" [72].

2. NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES Y LA SUSTRACCIÓN DE LA PIEDRA SAGRADA KUEKA ABUELA

La noción de un patrimonio común de la Humanidad pese a sus innegables ambigüedades, se ha materializado jurídicamente en la práctica internacional; no obstante, sigue siendo un concepto polémico que despierta antagonismos políticos [73]. Asimismo añadiré cómo se establece doctrinalmente que la idea de bien común, la cual alude al patrimonio cultural, tampoco ha desplegado todavía todo su potencial, pero contribuye con el hecho de establecer un sistema de cooperación

72 Blanc Altemir, A. (1992). *El patrimonio común de la Humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*. Editorial Boch.167.

73 Carillo Salcedo, J.A. (1984). *El Derecho Internacional en un mundo en cambio.* Tecnos. Madrid. 202.

internacional a través de la difusión, intercambio de información, promoción de la investigación en materia de patrimonio cultural y, especialmente, a través de la asistencia internacional, que contribuye a modificar la idea de reciprocidad tradicionalmente presente en las disposiciones convencionales .

Para Camps, la práctica de los Estados en materia de tratados pone de manifiesto un progresivo incremento de pactos en los cuales se rompe la regla clásica del do ut des. Según dicho principio, el Estado está obligado solo en la medida en que la parte contraria se atiene a la misma obligación o a una obligación que corresponda, por lo que, se encuentra libre de todo vínculo en cuanto la parte contraria viola sus compromisos. Este principio de reciprocidad en materia convencional, que se traduce en un beneficio directo e inmediato para los contratantes, no está presente en dichos tratados, entonces, para el Estado contratante únicamente comportan obligaciones [74].

Desde el año 2005 la República Bolivariana de Venezuela es parte de la Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, adoptada en el seno de la UNESCO, en 1970 [75]. Alemania es parte desde el año 2007.

En la Resolución emitida por el Ministerio Popular para la Cultura de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.346, de fecha 14/01/2010, se establece que la piedra Kueka Abuela o piedra de jaspe, es una roca sagrada para la etnia Pemón, tradicionalmente respetada y custodiada por ese pueblo indígena, la cual constituye un Bien de Interés Cultural de la Nación y la misma fue extraída ilícitamente del Parque Nacional Canaima, hallándose actualmente en el Parque Municipal Tiergarten de la Ciudad de Berlín, Alemania.

De allí que el Estado venezolano ha emprendido medidas administrativas y diplomáticas conducentes a la restitución de esta piedra por parte del Estado alemán. La última respuesta recibida a esta solicitud se dio en el año 2003, cuando el representante del Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania, manifestó la voluntad del gobierno

74 Camps Mirabet, N. (2000). *La Protección Internacional del Patrimonio Cultural*. Tesis presentada para aspirar al título de Doctora en Derecho en la Universidad de Lleida. Lleida. 39.

75 Publicada en Gaceta Oficial Nº 5.747, Extraordinario de fecha 23/12/2004.

alemán de devolver la piedra Kueka Abuela, siempre y cuando el gobierno de Venezuela se hiciera responsable por los gastos de transportes y por las acciones que terceros puedan y quieran ejercer sobre la referida piedra de 30 toneladas y de 12 metros cúbicos.

El Estado venezolano ante la respuesta del Estado alemán, alegó el artículo 7, literal b. ii de la Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (UNESCO) [76].

Sobre este punto, considero que Venezuela al alegar el artículo 7 de la Convención de la UNESCO, incurrió en un error de interpretación, pues la disposición claramente advierte que tendrá aplicación en los casos de bienes culturales robados e importados después de la entrada en vigor de la Convención en los dos Estados interesados. Para finalmente determinar que, todos los gastos correspondientes a la restitución del o de los bienes culturales en cuestión, correrán a cargo del Estado requirente. Se observa que la sustracción de la piedra Kueka se realizó en 1998 y la Convención de la UNESCO comenzó a tener vigencia en Venezuela en el año 2005 y en Alemania en al año 2007.

No obstante, el artículo 7 de la Convención de la UNESCO fue alegado por Venezuela en la Resolución del Ministerio Popular para la Cultura, de fecha 14/01/2010. El Estado venezolano asumió entonces que reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas. Por tanto, obligado a respetar el derecho que estos pueblos tienen a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados de culto, y en el caso particular, el derecho del pueblo Pemón a venerar su "piedra Kueka Abuela", resolvió solicitar al Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, por intermedio del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, todas las diligencias que sean necesarias ante el gobierno de la República Federal de Alemania, para concretar la restitución y retorno efectivo de la piedra Kueka Abuela a su lugar originario [77].

Es importante agregar que el Estado venezolano desde 1990 forma parte de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial

76 Resolución del Ministerio Popular para la Cultura de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.346, de fecha 14/01/2010.

77 Resolución del Ministerio Popular para la Cultura de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.346, de fecha 14/01/2010.

Cultural y Natural, adoptada en el seno de la UNESCO en 1972 [78]. Esta Convención prevé un sistema de protección y asistencia internacional; sin embargo, "no establece ningún sistema de gestión internacional directa del patrimonio cultural dado que el régimen acordado se basa en el respeto de la soberanía de los Estados, el reconocimiento de los regímenes de propiedad establecidos por las legislaciones nacionales y el suministro de ayuda internacional está basado en el acuerdo con los Estados beneficiarios" [79].

Alemania ratificó la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO en 1976, por lo que resulta oportuno citar su artículo 6:

"1. Respetando plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural a que se refieren los artículos 1 y 2 y sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio, los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar.

2. Los Estados Partes se obligan, en consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención, a prestar su concurso para identificar, proteger, conservar y revalorizar el patrimonio cultural y natural que trata el artículo 11, párrafos 2 y 4, si lo pide el Estado en cuyo territorio esté situado.

3. Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención se obliga a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural que tratan los artículos 1 y 2 situado en el territorio de otros Estados Partes en esta Convención" [80].

---

78 Publicada en la Gaceta Oficial Nº 4.191 Extraordinario, de fecha 06/07/1990.

79 Casanovas y La Rosa, O. (1993). La protección internacional del patrimonio cultural, en: *AHLADI,* Vol. 10. 69 - 70.

80 Publicada en la Gaceta Oficial Nº 4.191 Extraordinario, de fecha 06/07/1990.

3. CONCLUSIÓN

Venezuela como Estado requirente asumió los gastos correspondientes a la restitución de piedra Kueka Abuela a su territorio, concretamente al Parque Nacional Canaima. Hasta la presente fecha, la piedra en cuestión sigue en el Parque Municipal Tiergarten en Berlín y el pueblo Pemón sigue a la espera que se verifique su restitución.

Finalmente, señalaré que la República Bolivariana de Venezuela no forma parte de la Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas [81], conocida como la Convención de San Salvador de 1976. Ni tampoco forma parte del Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente de 1995.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Blanc Altemir, A. (1992). *El patrimonio común de la Humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión. Editorial Boch.167.*

Camps Mirabet, N. (2000). *La Protección Internacional del Patrimonio Cultural*. Tesis presentada para aspirar al título de Doctora en Derecho en la Universidad de Lleida. Lleida. 39.

Carrillo Salcedo, J. A. (1984). *El Derecho Internacional en un mundo en cambio.* Tecnos. Madrid. 202.

Casanovas Y La Rosa, O. (1993). La protección internacional del patrimonio cultural. *AHLADI*, Vol. 10. 69 - 70.

Base Legal

Artículo 6.13 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de Venezuela. (03/10/1993). Publicada en Gaceta Oficial N.º 4.623. Extraordinario.

81 Aprobada el 16 de julio de 1976 en el sexto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en Santiago de Chile por Resolución AG/RES-210 (vi-0176).

Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas. Aprobada el 16 de julio de 1976 en el sexto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en Santiago de Chile por Resolución AG/RES-210 (vi-0176).

Ley de Minas. (26/04/1999). Publicada en la Gaceta Oficial N.º 36.687.

Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional. (10/08/2009). Publicada en la Gaceta Oficial N.º 39.238.

Ley Orgánica de Ordenación del Territorio. (11/08/1983). Publicada en la Gaceta Oficial N.º 3.238. Extraordinario.

Resolución del Ministerio Popular para la Cultura de la República Bolivariana de Venezuela. (14/01/2010). Publicada en la Gaceta Oficial N.º 39.346.

Resolución del Ministerio Popular para la Cultura de la República Bolivariana de Venezuela. (14/01/2010). Publicada en la Gaceta Oficial N.º 39.346.

Resolución del Ministerio Popular para la Cultura de la República Bolivariana de Venezuela. (14/01/2010). Publicada en la Gaceta Oficial N.º 39.346.

UNESCO. (1970). *Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales*. Publicada en Gaceta Oficial N.º 5.747. Extraordinario. De fecha 23/12/2004.

UNESCO. (1972). *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*. Publicada en la Gaceta Oficial N.º 4.191. Extraordinario. De fecha 06/07/1990.

Recibido: 14/01/2017
Aprobado para publicación: 28/05/2017

Sorily Carolina Figuera Vargas (LLB, LLM, PhD): Es Doctora por la Universidad de Salamanca, Magíster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, Magíster en Derecho Internacional Privado y Comparado por la Universidad Central de Venezuela, Abogada por la Universidad Bicentenaria de Aragua de Venezuela y Licenciada en Derecho en España. La Dra. Figuera es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid En la actualidad se desempeña como docente titular (TC) de la PUCE.

Correo electrónico: SFIGUERA425@puce.edu.ec

La Carta Magna Inglesa: Una Provocación para pensar las Relaciones entre Constitución y Constitucionalismo

Carta Magna: A Provocation to consider the Relatinship between Constitution and Constitutionalism

Dr. Agustín Grijalva Jiménez, PhD
Profesor Titular Universidad Andina Simon Bolivar

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 229-240, ISSN 2588-0837

RESUMEN: A lo largo de este trabajo se busca analizar críticamente el impacto que tuvo la Carta Magna como precedente histórico para el constitucionalismo y la estructura y redacción de constituciones a nivel mundial. En primer lugar, se desarrolla una breve revisión a la historia y el real simbolismo que tiene dicho documento redactado en 1215 en Inglaterra. Posteriormente, se revisan las cláusulas de este manuscrito que permanecen dentro de la cultura jurídica utilizada en el ámbito constitucional y el valor de la interpretación de las diversas naciones de este instrumento para la organización de su normativa constitucional, dentro de las cuales se mencionan al: rule of law, common law, y aquellas de corte romano-germánico-continental, dentro de las cuales, el Ecuador se contempla en la última clasificación. Finalmente, se hace la clave distinción entre el constitucionalismo y la Constitución, la relevancia de la relación entre norma y construcción de principios socio-culturales que sustentan y brindan la eficacia a la llamada norma suprema.

PALABRAS CLAVE: Carta Magna, constitucionalismo, derechos y el poder, dimensión sociopolítica, principios.

ABSTRACT: This work is based on the critical analysis of the impact the Magna Carta had as a historical precedent for constitutionalism, and the structure and redaction of constitutions worldwide. First of all, there is the development of a brief review of the history and the reality of the symbolism of this document, which was written on 1215 in England. Furthermore, the analysis will be focused on the clauses of this manuscript, which remains inside the juridical culture used in

the constitutional ambit, and the value of the interpretation of many nations of this instrument in order to organize the constitutional normative; within which we can mention: the rule of law, the common law and those which had a Romanic-Germanic-continental inherence, of which, Ecuador can be related to the latter classification. Finally, there is an important distinction between constitutionalism and the Constitution itself, the relevance of the relationship between normative and the construction of socio-cultural principles that support and bring efficacy to the supreme norm.

KEY WORDS: Magna Carta, constitutionalism, rights and powerxs, socio-political dimension, principals.

INTRODUCCIÓN

La mirada y los temas históricos tienen siempre, para beneficio del estudio del Derecho, la virtud de un sano efecto de ruptura con el formalismo jurídico. La mirada histórica nos obliga no solo a contextualizar los fenómenos jurídicos, sino que afila nuestra conciencia sobre las dimensiones socio-políticas y culturales de los mismos. Nos muestra con claridad que las normas, con toda su complejidad y autonomía, son siempre parte de procesos sociales. Este solo efecto es ya razón más que suficiente para recurrir a la mirada histórica en el estudio del Derecho [82]. Pero en el caso de la Carta Magna ocurren, además, otras razones que nos llaman a reflexionar sobre ella.

Cuando hace más de ochocientos años, en 1215, el Rey Juan sin Tierra acordó con los barones ingleses en los pantanos de Runnymede, en las afueras de Londres, los términos de la Carta Magna, con seguridad imaginó para este documento un destino fugaz, totalmente contrario al que en realidad ha tenido. Hay evidencia histórica que el Rey Juan la aprobó al fijar su sello, a regañadientes, bajo la presión militar y política de los barones y de la Iglesia. De hecho, consiguió que solo ocho semanas después el Papa Inocencio III la declarara nula por haber sido aceptada bajo dicha presión. Esta situación desencadenaría en Inglaterra una Guerra Civil a la cual pondría término la muerte del propio Rey.

82 Para una reflexión más detenida al respecto ver mi ensayo Evolución Histórica del Control Constitucional de la Ley en Ecuador, en Enrique Ayala (editor), Historia Constitucional (Estudios comparativos), Quito, Corporación Editora Nacional, 2014.

Aunque la Carta Magna volvería poco después a ser puesta en vigencia por el hijo de Juan sin Tierra, el Rey Enrique III –o más precisamente por su tutor William Marshall–, el análisis histórico ha mostrado que este documento, con todo su indudable valor, carece de la originalidad, del contenido y de la vigencia jurídica que, por su fuerte trascendencia simbólica, con frecuencia se le ha atribuido. Su originalidad es relativa porque es una de las muchas estipulaciones medievales [83] entre Rey y señores feudales. En realidad, la Carta Magna no fue una Constitución –al menos en el sentido moderno del término– pues no estableció derechos generales y abstractos, y gran parte de su contenido es puramente administrativo y coyuntural [84].

No obstante, la Carta Magna constituye un símbolo del constitucionalismo moderno más que por su origen, contenido o eficacia, por la invocación e interpretación que de ella se ha hecho a través de muchos siglos y numerosos países en sendos momentos constituyentes [85]. En efecto, un símbolo como lo es la Carta Magna, siempre dice mucho más de lo aparente porque evoca e invoca múltiples y complejos significados que se despliegan más allá de los conceptos y valores originales, a lo largo del tiempo y del espacio, por obra de la lucha social, la creatividad y las circunstancias históricas de múltiples intérpretes.

En efecto, es en cierto sentido desconcertante la fuerza simbólica de la Carta Magna inglesa al considerar sus limitaciones como Derecho Positivo. De su normativa original sobreviven hoy apenas tres cláusulas muy generales. Como hemos dicho, se trata de un documento que no se refiere a derechos universales sino estamentales, un documento que más que una Constitución viene a ser casi un acuerdo de paz entre Rey y barones para evitar una guerra civil. Un documento que, pese a todas sus originalidades, es fundamentalmente una codificación de tra-

83 Evangelista, M.C. (2017). *A 800 años de la Carta Magna Inglesa de 1215*. Accesible en: http://www.calp.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/carta_magna.pdf.

84 Para un análisis técnico-jurídico detenido que demuestra la mitificación de la Carta Magna véase, Gabriel Santiago Galán Melo, Desmitificación de los Principios de Reserva de Ley y Legalidad Administrativa en la Carta Magna, en Claudia Storini (editora), Carta Magna y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Quito, Corporación Editora Nacional, 2017. 235-249.

85 Satrústegui Gil-Delgado, M. (2009). *La Magna Carta: Realidad y Mito del Constitucionalismo Pactista Medieval, Historia Constitucional*, Nro. 10. 243-262. Accesible en: http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/232.

diciones y costumbres precedentes. ¿Cómo es posible entonces, uno se pregunta, que este documento se haya convertido en una fuente clásica y en un símbolo tan vigoroso y universalizado del constitucionalismo?

La respuesta a esta pregunta tiene que ver con la dimensión inevitablemente simbólica del constitucionalismo, pues la mayoría de normas que este interpreta cristalizan valores fundamentales de una sociedad cuya concreción es objeto de constantes reinterpretaciones e incluso disputas sobre su sentido, a lo largo del tiempo.

1. CARTA MAGNA COMO EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL

Experiencias constitucionales con tanta trascendencia simbólica, como la de la Carta Magna, ilustran históricamente la distinción entre constitución y constitucionalismo. La Constitución en sentido formal es el texto, la expresión escrita de normas codificadas y formalmente aprobadas por el constituyente. Estas normas, empero, como en el caso justamente de Inglaterra pueden estar dispersas en varios documentos o cristalizadas en tradiciones y costumbres, lo cual da lugar a las constituciones no escritas. Pero el concepto moderno de Constitución incluye el establecimiento de derechos fundamentales generales y de una estructura del poder acorde a su protección. Por no cumplir estos requisitos la Carta Magna no puede ser considerada una constitución en el sentido moderno.

El constitucionalismo, en cambio, es mucho más que la constitución formal e incluso mucho más que el Derecho Constitucional, es una cultura, un movimiento histórico y un proceso no solo jurídico sino político y social, que puede tomar como base la constitución formal pero que se proyecta siempre más allá de ella, como una ideología cuyos postulados de limitación y orientación del poder se reinterpretan de forma dinámica y constante [86]. Fue especialmente el constituciona-

86 Utilizo aquí un concepto amplio y complejo de constitucionalismo que incluye sus dimensiones políticas y jurídicas, y tiene un carácter fundamentalmente ideológico. Según Comanducci el constitucionalismo se distinguiría del neo-constitucionalismo justamente porque este último, como lo definió Bobbio para el positivismo, tiene además unas dimensiones teórica y metodológica críticas del positivismo. Para esta discusión ver Comanducci, P. (2010). Constitucionalización y Neoconstitucionalismo, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), El Canon Neoconstitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

lismo Inglés, el de Estados Unidos, y el de otros países bajo esa órbita de influencia, el que convirtió a la Carta Magna en un símbolo.

Sin embargo, tanto constitución como constitucionalismo tienen como dimensiones comunes a los derechos y al poder, y a la relación entre ellos. Derechos y organización del poder están en realidad estructuralmente vinculados. Como lo plantean los liberales, los derechos son limitaciones al poder, pero además como se plantea desde el constitucionalismo social y crítico: los derechos son también obligaciones positivas y orientaciones vinculantes para el poder público. Así, los derechos condicionan al poder, limitándolo o direccionándolo.

Esta relación no es casual, pues justamente el poder público es siempre el mayor riesgo y la necesaria condición para la efectividad de todos los derechos. Aunque la Carta Magna no estableció derechos en términos universales sino estamentales, dicho establecimiento generó de todas formas el efecto clave de limitación formal y escrita del poder del Rey. Una limitación que siglos después se expresarían orgánicamente en instituciones que constituyeron antecedentes del Parlamento, del sistema judicial, y del propio Estado de Derecho.

La Carta Magna entonces evidencia que la limitación del poder no se deriva solamente de una Constitución formal y escrita sino de un despliegue estructural, del desarrollo histórico cultural y político en que consiste el constitucionalismo. Aunque a primera vista no resulte convincente, podemos constatar en la historia que aún más importante que una constitución formal es la cultura, la voluntad política y la tradición histórica que la sustenta. En efecto, una constitución sin tal sustento queda reducida al papel. Por el contrario, si existen estas condiciones históricas del constitucionalismo, surge necesariamente una Constitución de vigencia efectiva, incluso si no está escrita, como lo atestigua justamente el caso de Inglaterra.

La Carta Magna inglesa es un buen ejemplo de este proceso. La Carta Magna, como dijimos, fue desconocida apenas 10 semanas después de promulgada, y fue declarada nula por el Papa Inocencio III en Agosto 24 del 2015. Sin embargo, varios de los siguientes monarcas confirmaron diversas versiones de la misma y esta imprimió durante los siguientes siglos su influencia sobre los documentos más importantes del constitucionalismo inglés y universal. En el caso de Inglaterra es crucial el rol que la Carta Magna tuvo durante el siglo XVII como inspiración y símbolo para todas las declaraciones de derechos y el

pensamiento del juez Edward Coke y los más importantes constitucionalistas de la época. Más allá de Inglaterra, la Carta Magna inspiró a diversos movimientos y organizaciones, en su lucha por los derechos en muchos países, pero singularmente en Estados Unidos, India y Sudáfrica. Por esta razón fue citada apasionadamente en discursos y textos de líderes como Martin Luther King, Gandhi y Mandela.

En definitiva, es en esta distinción entre constitución formal y constitucionalismo donde la Carta Magna constituye una suerte de paradigma porque se trata de un documento que en un sentido técnico-jurídico moderno no es propiamente una Constitución y, sin embargo, es una fuente clásica del constitucionalismo. Mostrándonos, en el caso particular de Inglaterra, como es posible la existencia de constitucionalismo sin constitución formal o escrita, pero que ha dado lugar a una constitución material no escrita, integrada por leyes, jurisprudencia y costumbres [87].

2. CARTA MAGNA E INTERPRETACIÓN

Pese a sus limitaciones, derivadas de su propia historicidad, las ideas jurídicas de la Carta Magna, y más exactamente las interpretaciones de algunas de estas ideas jurídicas, han alcanzado una notable proyección histórica. En otras palabras, sin ser una Constitución, la Carta Magna ha aportado al constitucionalismo como fuente y como símbolo, de forma trascendente. Este es el caso de su famoso artículo 39 que establece que "ningún hombre libre será detenido, o encarcelado, o desposeído, o puesto fuera de la ley, o desterrado, o en forma alguna destruido, ni procederemos en contra de él, ni lo condenaremos, sino por el juzgamiento legal de sus pares, o por la ley del país".

Este artículo cuando se refiere a "ningún hombre libre" no alude a todas las personas de forma universal, sino a todos aquellos que en la época no estaban sometidos a subordinación o servidumbre, los cuales eran ciertamente una minoría. Pero, justamente, en el desarrollo del constitucionalismo se producirá una progresiva ampliación y, finalmente, universalización de la titularidad de este derecho. Mientras que, paralelamente, se consolidará el principio de limitar al poder me-

87 Blackburn, R. (2015). *Britain´s Unwritten Constitution*, accesible en: https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution.

diante un debido proceso en cuanto a la privación de la libertad o de los bienes de las personas.

Como sabemos, este será un principio que en Inglaterra será incluido y desarrollado en la Petición de Derechos (1628), en la Declaración de Derechos (1689), y más allá de Inglaterra en la mayoría de constituciones y códigos penales, [88] pues vino a derivar, en definitiva, tanto en la garantía y derecho del debido proceso como en el principio de legalidad.

La influencia histórica de los principios y derechos contenidos en la Carta Magna muestran, por cierto, la complejidad de los principios y derechos mismos. Principios y derechos que por obra de la interpretación y de su legado histórico, fueron desarrollándose, a lo largo de los siglos, mucho más allá de las pretensiones individuales e inmediatas que ampararon en su origen. Los derechos ineludiblemente, y a veces incluso más allá de la voluntad del constituyente, son también cultura, lucha social y lucha política. Como lo postula el moderno Derecho Constitucional, los derechos son también instituciones objetivas que se proyectan y transforman en la historia.

En definitiva, los antecedentes del principio de legalidad y del debido proceso consagrados en la Carta Magna fueron y son cultura, tradiciones que los barones ingleses exigieron respetar e institucionalizar al Rey Juan sin Tierra. Ampararon exigencias que afloraron como derechos estamentales en 1215 pero que hundían su origen en costumbres centenarias de respeto a la libertad, la vida y el patrimonio de los barones y otros estamentos, y que para ser protegidos requerían de un debido proceso que, la Carta Magna plantea, solo podía ser asegurado mediante ley. Este es el sentido de principios como el que nadie puede ser detenido o a nadie se le puede imponer impuestos de forma arbitraria. La Carta del Bosque, componente muy rico y más reducido de la Carta Magna, agregado posteriormente, devela esta misma tradición en relación a la protección de las tierras y los recursos naturales comunes.

Pero esta institucionalización, innovación y ruptura de la tradición inglesa que es la Carta Magna toma la forma de derechos en medio de la lucha política e incluso armada del Rey y los barones. Es un resultado político, no solo una iluminación intelectual. No debe olvidarse que el Rey Juan dicta la Carta Magna en un momento de debilitamiento de su poder, bajo coacción de los barones y como una estrategia política,

---

88 Evangelista. 15.

hasta el punto que apenas puede la hace declarar nula por el Papa, la desecha, y la combate como una ilegitima imposición sobre el poder real. Estos derechos, entonces, reflejan también una transitoria correlación de fuerzas, y un pacto político entre ellas, un pacto precario y fugaz, cuya ruptura significó el desate de la Guerra Civil en Inglaterra.

La cultura, el acuerdo y la lucha política cristalizada en los derechos de la Carta Magna se proyectaron también en la formación de otras instituciones fundamentales. Así, por ejemplo, el Parlamento Inglés como un Consejo para salvaguardarla muestra claramente este proceso; el Parlamento, en efecto, surge como la reunión de los nobles y los comunes para limitar y regular el poder del Rey mediante los derechos impuestos o acordados con el Rey. Y siglos más tarde, la influencia de la Carta Magna y su interpretación de depósito de la soberanía por el Juez Coke en Inglaterra, tomará nueva forma en el rol de la Corte Suprema de los Estados Unidos como órgano de control de constitucionalidad de las leyes.

3. RELEVANCIA DE LA CARTA MAGNA

¿Pero cuál es hoy la relevancia de la Carta Magna, especialmente en América Latina? Como fuente clásica, y por tanto símbolo del constitucionalismo, ella nos recuerda principalmente la importancia de la limitación del poder público y la legitimación de este en base al respeto a los derechos. En esa línea se despliega la relación entre Constitución y constitucionalismo. La Carta Magna inglesa, como hemos dicho, es un ejemplo de constitucionalismo sin constitución, o más precisamente sin constitución escrita. América Latina, en contraste, presenta muchos ejemplos de constituciones sin constitucionalismo.

En efecto, si tomamos el concepto formal de Constitución, esto es el de un documento escrito, codificado, aprobado por el poder constituyente y que organiza el poder público y la sociedad en torno a derechos, encontramos que existen amplias brechas entre esta Constitución formal y su proyección histórica, cultural y social. En muchos países latinoamericanos la Constitución distribuye y limita claramente el poder, pero en la práctica este se concentra, frecuentemente en el ejecutivo; la Constitución garantiza derechos, pero estos sufren limitaciones o violaciones sistemáticas y estructurales. Es cierto que siempre ha habido y habrá distancia entre la Constitución formal y las prácticas políticas y sociales, pero si la Constitución tiene realmente eficacia social esas

prácticas y políticas deberían orientarse progresivamente *hacia* y no *contra* la Constitución, al disminuir y no al aumentar esas distancias.

Una hipótesis para explicar estas brechas tan amplias es la falta de desarrollo no de Constituciones, sino de constitucionalismo. Es necesario un desarrollo vigoroso de este en la cultura política de la región, no como discurso retórico sino como un sistema de valores vivos plasmados en la organización real del poder. En este sentido la experiencia del Ecuador durante los últimos nueve años es paradigmática. Pese a contar con una constitución vanguardista en cuanto a derechos y garantías, muchos de estos derechos, especialmente civiles y políticos, fueron restringidos o sistemáticamente violados por el presidente, y muchos legisladores, jueces, fiscales, policías u otros funcionarios públicos.

Esta brecha creciente entre norma y aplicación implica por cierto un desafío para el Derecho Constitucional. ¿Debe y puede el Derecho Constitucional en una región como América Latina encerrarse en un *normativismo* ajeno a todos estos abusos de poder? El Derecho Constitucional en América Latina debe por tanto estudiar las relaciones entre Constitución formal y constitucionalismo; debe y puede ser un análisis normativo riguroso y técnico, pero no formalista o puramente normativista, sino inscrito en la conciencia de su contexto histórico, cultural y político. En otras palabras, el Derecho Constitucional es el estudio de la Constitución y sus normas e interpretaciones conexas, pero no de forma aislada e idealista sino en relación directa con los procesos sociales a los que aquellos están indisolublemente articulados.

Así como la Carta Magna inglesa resulta simplemente incomprensible sin entender la sociedad de la época y las condiciones materiales ulteriores que llevaron a convertirla en un símbolo del constitucionalismo, igualmente las nuevas constituciones latinoamericanas expresan procesos sociales e históricos. Su mayor o menor eficacia exigen al Derecho Constitucional desplegar sus análisis más allá de la esfera normativa hacia la esfera de sus orígenes, contextos y proyecciones, esfera que integra el constitucionalismo. Es, entre otras diferencias [89], la conciencia epistemológica de estos condicionamientos y su consecuente teorización lo que debe distinguir al reciente Derecho Constitucional latinoamericano del neo-constitucionalismo europeo.

---

89 Grijalva, A. (2015). Nuevo Constitucionalismo, Democracia e Independencia Judicial, *Revista Cálamo*, Nro. 3. 27-37. Accesible en: http://derecho.udla.edu.ec/calamo/index.php/tabla-de-contenidos-calamo-3.

Las constituciones latinoamericanas tildadas de “neo-constitucionalistas o garantistas”, no han sido, si hacemos un balance, suficientemente acompañadas de un verdadero nuevo constitucionalismo, una cultura jurídica y política de los derechos que al permear la sociedad, arraigándose en ella, imponga el cambio estructural de valores en los actores y en la acción y organización política. No, por el contrario, lo que hemos visto la última década es la pervivencia de un arcaico autoritarismo de raíces hacendarias, coloniales, disfrazado de constitucionalismo. Por esta razón las instituciones que debieron fortalecerse no se fortalecieron: la mayoría de tribunales constitucionales continuaron dependientes del Ejecutivo, las leyes nacieron y actúan desorbitadas en relación al marco constitucional. Y si bien hay derechos sociales que han ampliado relativamente su ejercicio, los derechos civiles y políticos han sido deteriorados. En varios países latinoamericanos en nombre de la revolución, paradójicamente, se ha estrechado la democracia.

La Carta Magna inglesa, justamente, nos hace pensar que las constituciones o los documentos constitucionales nunca son suficientes y, sobretodo, eficientes, sin constitucionalismo. En lo que a nosotros toca, al mundo de la academia, deberíamos llevar adelante una detenida reflexión de este fenómeno. La cultura paleo-positivista que a todos nos formó no permite terminar de entender, me parece, la proyección de lo que los ingleses llaman el *rule of law*, o Estado Constitucional, sobre la legislación y demás normas jurídicas. Un sistema jurídico, si ha de servir al ser humano, no puede ni debe desarrollarse sin norte, sin marco, sin aspiración de coherencia y horizonte, sin constitución. Pero la constitución, a su vez, al menos en su acepción moderna, no cobra vida sin constitucionalismo.

4. CONCLUSIONES

En realidad, el concepto de Constitución es mucho más antiguo que el de constitucionalismo. El concepto antiguo de Constitución ya fue esgrimido por los griegos en su acepción de un orden político determinado, y no han faltado los conceptos históricos y sociológicos de Constitución que la destacan como honda tradición o como organización real del poder [90]. Curiosamente, es el concepto moderno de Constitución, es decir, el de normas jurídicas escritas, codificadas, promulga-

90 Manuel, García Pelayo, Constitución y Derecho Constitucional, en Escritos políticos y sociales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. 23-45.

das formalmente en que se reconocen derechos y se organiza y limita el poder, el que ha propiciado la ilusión que una constitución formal puede cobrar vida sin constitucionalismo, sin un compromiso vital e histórico de fuerzas sociales que la sustenten.

En realidad, en nuestro medio, la Constitución puede ser vista y es vista aun predominantemente desde el positivismo clásico, como una norma jurídica más, aunque jerárquicamente superior. Pero la Constitución no es nada, más allá de retórica, sin el constitucionalismo: sin instituciones efectivas, sin raíz histórica y cultural, sin pacto político, sin cultura constitucional, sin fuerzas políticas y sociales que la asuman y la defiendan. La Carta Magna inglesa prueba justamente esto: puede incluso haber constitucionalismo sin constitución formal, codificada y escrita; lo que no puede haber es constitución efectiva sin constitucionalismo.

Un cambio positivo en nuestra cultura jurídica consiste en el interés comparativamente mayor que hoy existe primero en el medio académico y, en algún grado, en el judicial sobre la Constitución. Ese interés debe impulsar una reflexión sistemática sobre la constitución y el constitucionalismo. Hoy las facultades de Derecho dan más atención a la Constitución, hay más literatura, más seminarios y cursos relacionados con el tema. Es fundamental entonces no olvidar que la Constitución y el constitucionalismo se requieren mutuamente, y que por tanto la Constitución es siempre un desafío mucho más allá de sí misma.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ayala, E. (2014). Evolución Histórica del Control Constitucional de la Ley en Ecuador. En *Historia Constitucional (Estudios comparativos)*. Quito: Corporación Editora Nacional.

Blackburn, R. (2015). B*ritain´s Unwritten Constitution*, accesible en: https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution.

Comanducci, P. (2010). Constitucionalización y Neoconstitucionalismo. En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Evangelista, M. C. (2017). *A 800 años de la Carta Magna Inglesa de 1215*. Accesible en: http://www.calp.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/carta_magna.pdf

Galán Melo, G. S. (2017). Desmitificación de los Principios de Reserva de Ley y Legalidad Administrativa en la Carta Magna. En Claudia Storini (editora), *Carta Magna y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Quito: Corporación Editora Nacional. 235-249.

García Pelayo, M. (1989). *Constitución y Derecho Constitucional. Escritos políticos y sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 23-45.

Grijalva, A. (2015). Nuevo Constitucionalismo, Democracia e Independencia Judicial. *Revista Cálamo*, Nro. 3. 27-37. Accesible en: http://derecho.udla.edu.ec/calamo/index.php/tabla-de-contenidos-calamo-3

Satrústegui Gil-Delgado, M. (2009). *La Magna Carta: Realidad y Mito del Constitucionalismo Pactista Medieval*. Historia Constitucional, Nro. 10. 243-262. Accesible en: http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/232

Recibido: 25/01/2017
Aprobado para publicación: 28/05/2017

Agustín Grijalva Jiménez (LLB, MA, PhD): Es doctor en Ciencia Política por la Universidad de Pittsburgh (EEUU). Máster en Ciencias Políticas de la Universidad de Kansas, Estados Unidos de América. Tiene una especialización en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Pittsburgh (EEUU). Es Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y ha realizado estudios en Ciencias Humanas en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente se desempeña como docente titular principal de la UASB.

Correo electrónico: agustin@uasb.edu.ec

Reformas del Estado Democrático: Subsidiariedad y Visión del Gobierno Limitado

Reforming the Democratice State: Sibsidiarity and a Vision of Limited Gobernment

Prof. Dr. Augusto Zimmermann Zimmermann, PhD
Professor of Law – Murdoch University

Artículo Original (Miscelánea)
RFJ, No. 1, 2017, pp. 241-253, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Aunque sus raíces se remontan a la filosofía política de Aristóteles, la interpretación teológica de Tomás de Aquino de la filosofía política de Aristóteles resultó ser el catalizador para el nacimiento del principio de subsidiariedad que con el tiempo, se convertiría en un aspecto clave del pensamiento social católico romano. A pesar de las similitudes con la enseñanza calvinista y su conocido concepto de "soberanía de la esfera" como principio del pensamiento social católico, la subsidiariedad se introdujo por primera vez en la encíclica Rerum Novarum (1891) y se enunció en encíclicas posteriores como Quadragesimo Anno (1931) y Mater et Magistra (1961).

PALABRAS CLAVE: democrático, gobierno, derechos y política, pensamiento social, principios.

ABSTRACT: While its roots can be traced as far back as Aristotle's political philosophy, Thomas Aquinas's theological interpretation of Aristotle's political philosophy proved to be the catalyst for the birth of the principle of subsidiarity, which would in time become a key aspect of Roman Catholic social thought. Despite similarities with Calvinist teaching and its well-known concept of "sphere sovereignty" as a principle of Catholic social thought, subsidiarity was first introduced in the encyclical Rerum Novarum (1891) and was enunciated in subsequent encyclicals such as Quadragesimo Anno (1931) and Mater et Magistra (1961).

KEY WORDS: Democratic, government, rights and political, social tought, principals.

INTRODUCTION

While its roots can be traced as far back as Aristotle's political philosophy, Thomas Aquinas's theological interpretation of Aristotle's political philosophy proved to be the catalyst for the birth of the principle of subsidiarity that would in time become a key aspect of Roman Catholic social thought. [91] Despite similarities with Calvinist teaching and its well-known concept of "sphere sovereignty," [92] as a principle of Catholic social thought, subsidiarity was first introduced in the encyclical *Rerum Novarum* (1891) and was enunciated in subsequent encyclicals such as *Quadragesimo Anno* (1931) and Mater

91 Subsidiarity in the writings of Aristotle and Aquinas – Nicholas Aroney pg 1 and 12. '[T]he critical point for the emergence of the principle lay in Thomas Aquinas's theological interpretation of Aristotle's political philosophy…And yet, Aquinas's social thought and the Catholic principle of subsidiarity retain the unmistakable marks of Aristotle's political philosophy.'

92 In 1880 Abraham Kuyper developed the concept of "sphere sovereignty." Kuyper—a Dutch theologian, academic, and politician—believed that God was present in 'every sphere of life' and that, consequently, each sphere—for example, 'family life, economic life, churchly life, sports'—must be sovereign. According to Kuyper, the individual may operate in several spheres at once; for example, as 'a member of a church, a citizen of the state, and a participant in any number of social spheres. In all these aspects of life, the basic convictions of the Christian faith would direct his or her activities.' See Kent A. Van Til, 'Subsidiarity and Sphere-Sovereignty: A Match Made In…?' (2008) 69 *Theological Studies* 610, 619-626. According to Lael Daniel Weinberger, sphere sovereignty and subsidiarity are fundamentally self-complimentary concepts, each recognising a distinct aspect of social relationships within a healthy, functioning society. As he points out, 'sphere sovereignty, like subsidiarity, offers a vision of institutional and social pluralism. Sphere sovereignty originates from a different theological tradition than subsidiarity and there are doubtless areas where sphere sovereignty's reformed theological tradition leads to a different emphasis and distinct theological formulations from that found in the Catholic tradition. Notwithstanding the differences, sphere sovereignty and subsidiarity complement each other by fleshing out two important sides to social pluralism. Subsidiarity focuses on the relationships between larger and smaller, "greater" and "lesser," organisations. Sphere sovereignty focuses on the relationships between organisations with distinct purposes, regardless of their size or position on a chain of command. Both the horizontal and the vertical aspects are important components of any well-functioning, diverse society.' See Lael Daniel Weinberger, 'The Relationship Between Sphere Sovereignty and Subsidiarity,' *in* Evans, M. and Zimmermann, A. (2014). *Global Perspectives on Subsidiarity* (Dordrecht: Springer) 115.

et Magistra (1961). In *Quadragesimo Anno* Pope Pius XI outlined the principle as follows:

Just as it is gravely wrong to withdraw from the individual and commit to the community at large what private enterprise and industry can accomplish, so, too, it is an injustice, a grave evil, and a disturbance of right order for a larger and greater organisation to arrogate to itself functions which can be performed efficiently by smaller and lower bodies. This is a fundamental principle of social philosophy, unshaken and unchangeable. Of its very nature the true aim of all social activity should be to help individual members of the social body, but never to destroy or absorb them. [93]

Having roots in the Latin word *subsidium*, subsidiarity simply means to "help" or "assistance." In keeping with the spirit of the Latin understanding, subsidiarity mandates that an obligation be imposed on higher governing orders to help or assist lower orders to flourish. Understood in this sense, the principle of subsidiarity opposes centralising, bureaucratising forms of government and mass welfare assistance, which deprive citizens of their responsibility toward themselves, their families, and their societies. Instead, subsidiarity protects individual liberty and promotes individual responsibility, recognising that the best way to achieve the common good is through the spontaneous actions of, and interactions between, free and responsible individuals. Subsidiarity, therefore, is a bulwark of limited government, advocating that 'intermediate social entities can properly perform the functions that fall to them without being required to hand them over unjustly to other social entities of a higher level, by which they would end up being absorbed and substituted, in the end seeing themselves denied their dignity and essential place.' [94]

93 Pius XI, *Quadragesimo Anno: Reconstructing the Social Order and Perfecting it Conformably to the Precepts of the Gospel in Commemoration of the Fortieth Anniversary of the Encyclical 'Rerum Novarum'* (Australian Catholic Truth Society, 1931) 25. For a discussion of this quotation, see Robert K. Vischer, 'Subsidiarity as a Principle of Governance: Beyond Devolution' (2001) 35 *Indiana Law Review* 103, 107–108, cited in Peter Widulski, 'Bakke, Grutter, and the Principle of Subsidiarity' (2005) 32 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 847, 847.

94 Pontifical Council for Justice and Peace, *Pontifical Council for Justice and Peace*. London: Burns & Oates, 2005, 94.

1. SUBSIDIARITY AND DEMOCRATIC PLURALISM

In *Centesimus Annus* (1991) Pope John Paul II stated that human nature 'is not completely fulfilled in the State, but is realised in various intermediary groups, beginning with the family, including economic, social, political and cultural groups that stem from human nature itself and have their own autonomy.' [95] Accordingly, citizens must be empowered and encouraged to participate in local decision-making, which enhances democracy because it shifts the balance of power towards individuals, away from the central government, preventing political power from concentrating in a few hands. By dividing political power, individual rights are protected through, as James Madison described it, a 'double security.' 'In the compound republic of America,' Madison stated, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each [is] subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to the rights of the people. The different governments will control each other, at the same time that each will be controlled by itself. [96]

When the will of the majority is expressed in the legal order, conformity to this legal order, —to the will of the majority, —is the primary aim of democracy. But what if the norms, the rules expressed in the legal order, central to the will of the majority and applicable to the entire body politic, contradict the majority will of smaller subsections of the body politic? In order to diminish the possible contradictions, Hans Kelsen contended that democracy is better achieved when political power is fragmented. Kelsen argued that 'it may be necessary, under certain circumstances, that certain norms of the legal order be valid only for certain partial territories and be created only by majority of votes of the individuals living in these territories.' [97]

This plurality of political orders consists of different spheres of governance, each of them possessing its proper limits of responsibility and jurisdiction. When applied in the context of a federal system, Australian law professor Anne Twomey says, 'subsidiarity provides that functions should, where practical, be vested in the lowest level of government to ensure that their exercise is as close to the people

95 John Paul II, *Centesimus Annus,* [13].

96 Madison (1961) 323.

97 Kelsen (1945) 313.

as possible and reflects community preferences and local conditions.'[98] Accordingly, subsidiarity postulates that one should not leave to the central government what the local government itself can do in an either better or similar way, since only that which cannot be done otherwise by the lower levels of government it must be left in the hands of the central government.

2. MORAL COSTS OF STATE PATERNALISM

But it is equally relevant to observe that the first foundational form of every democratic government is personal self-government, based on the autonomy of free and responsible individuals. Unfortunately, however, people today are naturally inclined to look on government aid as a right, regarding themselves as perfectly entitled to every public assistance. This prevents them from considering their self-worth and making attempts to preserve their self-respect. Rather, the philosophy of state paternalism unmistakably discourages any such virtues, 'giving money first and then fostering dependency, forgetting entirely about self-respect, and then discouraging a path to independence.'[99] After describing the moral costs of state paternalism, the Reverend Robert Sirico concluded that

[t]he welfare state pursues its tasks in terms of a moral code increasingly alien from traditional Christian tenets. For example, the very concept of a welfare "entitlement" runs contrary to the scriptural understanding of aiding the poor: helping others is a moral duty that springs from spiritual commitment and is not essentially exercised through coercion or government mandates. The modern, central state has proven itself incapable of distinguishing between the deserving and the underserving poor, and between aid that fosters independence and moral development from that which reinforces a dependency mindset and moral nihilism.

Arguably, welfare assistance cannot eliminate the more pressing moral and spiritual needs that lie at the heart of every dysfunctional

---

98 Twomey, A. (2008). 'Reforming Australia's Federal System'. 36 *Federal Law Review* 57, 59.

99 Sirico, R. (2014). 'Subsidiarity and the Reform of the Welfare of the Nation State', in Michelle Evans and Augusto Zimmermann, *Global Perspectives on Subsidiarity* (Dordrecht: Springer) 123.

behaviour. Sometimes what the recipient of such assistance actually needs is a strong message of work and sobriety. As such, although government aid can benefit some individuals, it is effectively a band aid for a broken bone:

Government aid can actually make things worse. By handing out welfare checks impersonally to all who qualify, without addressing the underlying behavioural problems, the government in essence 'rewards' antisocial and dysfunctional patterns. And any behavior the government rewards will generally tend to increase. As one perceptive nineteenth century critic noted, government assistance is a 'might solvent to sunder the ties of kinship, to quench the affections of family, to suppress in the poor themselves the instinct of self-reliance and self-respect – to convert them into paupers. [100]

The increase of criminality in England is a prime example. The idea that poverty or social conditions are sufficient causes of crime cannot be supported empirically. On the contrary, political commentator Peter Hitchens explains that, in his native England.

The evidence shows that he highest levels of crime in memory have occurred at a time of unheard-of…social welfare…This destroys the idea that increased welfare leads to a reduction in crime. On the contrary, it raises the possibility that well-meaning state intervention to improve the lot of the poor can actually lead to increased crime… It is the decay of moral values and self-restraint…that have led to the misery of the modern poor. [101]

Regarding the impact of government aid on the common good, perhaps nobody has better explained how such assistance may eventually undermine the spirit of self-restraint and responsibility than Wilhelm von Humboldt (1767-1835), the German liberal philosopher and founder of the Humboldt University of Berlin. He explained that

[t]he evil results of a too excessive solicitude on the part of the State, are still more strikingly shown in the suppression of all active energy, and the necessary deterioration of the moral character. … The man who is often led, easily becomes disposed willingly to sacrifice what

100 Pearcey, N.R. (2004). *Total Truth: Liberating Christianity from its Cultural Captivity* (Wheaton/Ill: Crossway,) 61.

101 Hitchens (2003). 23.

remains of his capacity for spontaneous action. He fancies himself released from an anxiety which he sees transferred to other hands, and seems to himself to do enough when he looks to their leadership and follows it. Thus, his notions of merit and guilt become unsettled. … He now conceives himself not only completely free from any duty which the State has not expressly imposed upon him, but exonerated at the same time from every personal effort to improve his own condition; and, even fears such an effort, as if it were likely to open out new opportunities, of which the State might take advantage…Further, as each individual abandons himself to the solicitous aid of the State, so, and still more, he abandons to it the fate of his fellow-citizens. This weakens sympathy and renders mutual assistance inactive; or, at least, the reciprocal interchange of services and benefits…where the feeling is most acute that such assistance is the only thing to rely upon; and experience teaches us that oppressed classes of the community which are…overlooked by the government, are always bound together by the closest ties. But whether the citizen becomes indifferent to his fellows, so will the husband be to his wife, and the father of a family towards the members of his household. [102]

Arguably, in no other field are the moral costs of statism more visible than in the field of family policy. Although the family serves as a primary means of acculturation and transmission of values from generation to generation, family ties in today's societies are so weak that fewer people think they ought to help their family members. As a result, people in distress no longer expect to obtain much help this way. [103] Rather than addressing these problems, public policy seems to have further destabilised the family with disastrous consequences. [104] For example, the last few decades have seen the dramatic proliferation of laws allowing the unilateral dissolution of the marriage contract. By making divorce easily available and purely personal, the state has transformed marriage into a legal absurdity that denies the doctrine of responsibility and holds no inducements to personal misconduct. These inducements provide a strong temptation for selfish and unethical behaviour. Whenever and wherever the family breaks down, of course,

102 von Humboldt, W. (1792). The Limits of State Action. Chapter 3 available at: http://ebooks.adelaide.edu.au/h/humboldt/wilhelm_von/sphere/chater3.html

103 Acton, H.B. (1993). *The Morals of Markets and Related Essays* (edited by D Gordon and J Shearmur, Liberty Fund) 81–2.

104 Sirico, above n 18, 116.

the state must step in as a substitute for the dysfunctional family. Hence the gradual increase of the state's jurisdiction over the family.

Additionally, one should also consider how welfare assistance, which is a pseudonym for government-mandated redistribution of private wealth, stymies the ability of individuals to provide charitable assistance. When these assets are taken from the individual and their social groups, it leaves very little for them to donate to private charity. According to the English political philosopher John Gray, the regime of high taxation inseparable from government welfare diminishes the sphere of free services in which individuals engage in spontaneous relations, effectively 'corroding the culture of civility that sustains liberal civilization.' [105] The inevitable consequence of this decrease in individual charitable activities is that the state acquires greater financial power to invest in the charitable activities that the state deems it worthy to support:

If, because of the confiscation of higher incomes, there are important social and cultural activities that can no longer be sustained privately—such as provision for high culture and the arts—then once again the state assumes responsibility for such activities through a program of subsidy. Inevitably, the state comes to exercise an ever-increasing degree of control over them. The consequence of redistributionist policy, accordingly, is the curtailment of private initiative in many spheres of social life, the destruction of the man of independent means, and in the weakening of civil society.

So who are the principal beneficiaries of the welfare state? And what impact does this amassing of power in the state have on the common good? In Deus Caritas Est (2005), Pope Benedict XVI correctly noted that '[t]he State which would provide everything, absorbing everything into itself, would ultimately become a mere bureaucracy incapable of guaranteeing the very thing which the suffering person—every person— needs: namely, loving personal concern.' [106] Despite the seemingly good intentions of state paternalism, all that is actually achieved is the creatation of a huge and expensive bureaucracy that is sustained by a permanent underclass of chronically poor people and their families. To a great extent, the reality of redistributionist policies is that, primarily, they result in 'a redistribution of power from

105 Gray (1990) xiii.

106 Deus Caritas Est (2005) [28(b)].

the individual to the State.'[107] Ultimately, this increase of centralized power creates a new, elite ruling class; a class of state-appointed officials. As noted by Tom G. Palmer,

[t]he poor suffer the worst, because a trickle of benefits may seem like a boom to them, when their very poverty is both perpetuated by the welfare state and deepened by the hidden transfers from the powerless to the powerful caused by protectionism, licensing, and other restriction on labour market freedoms, and all the other privileges and special deals the powerful, the educated, the articulated, and the empowered create for themselves at the expense of the weak, the uneducated, the voiceless, and the disempowered. [108]

3. SUBSIDIARITY AND REFORM OF THE DEMOCRATIC STATE

In *Centesimus Annus* (1991) John Paul II stated that human nature 'is not completely fulfilled in the State, but is realised in various intermediary groups, beginning with the family, including economic, social, political and cultural groups which stem from human nature itself and have their own autonomy.' [109] The encyclical goes on to explain that the 'malfunctions and defects' of the welfare state are the direct result of an 'inadequate understanding of the tasks proper to the state.' Because of this, John Paul II concluded thatthe principle of subsidiarity must be respect[ed] [so that] a community of a higher order should not interfere in the internal life of a community of a lower order, depriving the latter of its functions, but rather should support it in case of need and help to coordinate its activity with the activities of the rest of society, always with a view to the common good. ... In fact, it would appear that needs are best understood and satisfied by people who are closest to them and who act as neighbours to those in need.

In this sense, subsidiarity must be understood as a principle of authentic help or assistance, which sets up the proper limits for governmental action. Since subsidiarity means help or assistance, the idea implies that higher orders can intervene in the affairs of lower orders only as auxiliary aid, and never as permanent substitutes. Above

107 de Jouvenel (1990) 76.

108 Palmer (2012b) 8.

109 John Paul II, Centesimus Annus, [13].

all, subsidiarity is about providing moral and practical functions to the lower orders that are essential to a well-functioning democratic society. In *Caritas et Veritate* (2009) Benedict XVI emphasised this particular view of subsidiarity as an expression of inalienable human freedom. Subsidiarity is first and foremost a form of assistance to the human person via the autonomy of intermediate bodies. Such assistance is offered when individual or groups are unable to accomplish something on their own, and it is always designed to achieve their emancipation, because it fosters freedom and participation through assumption of responsibility. Subsidiarity respects personal dignity by recognizing in the person a subject who is always capable of giving something to others. By considering reciprocity as the heart of what it is to be a human being, subsidiarity is the most effective antidote against any form of all-encompassing welfare state. [110]

The principle of subsidiarity is therefore premised on empowering the individual with decision-making 'carried out as close to the citizen as is viable' [111] or, in simpler words, at a 'grassroots level.' [112] That being so, it is taken as a basic assumption that 'intermediate social entities can properly perform the functions that fall to them without being required to hand them over unjustly to other social entities of a higher level, by which they would end up being absorbed and substituted, in the end seeing themselves denied their dignity and essential place.' [113] A hierarchy of orders is thus established, consisting first of the individual as a self-governing entity endowed by God with inalienable rights to life, liberty and property. The individual is then followed by the family, the local community, the Church and, finally, the State.

In sum, subsidiarity emphasises a decentralising principle that stimulates a 'participatory structure of government,' [114] buttressing

110 Caritas in Veritate (2009) [57].

111 Hunnings (ed), *Encyclopaedia of European Law* (Sweet & Maxwell, 1998) s 12.0120A, cited in John Warwick Montgomery, 'Subsidiarity as a Jurisprudential and Canonical Theory' (2002) 148 *Law and Justice The Christian Law Review* 46, 48.

112 John Warwick Montgomery, 'Subsidiarity as a Jurisprudential and Canonical Theory' (2002) 148 *Law and Justice: The Christian Law Review* 46, 48.

113 Pontifical Council for Justice and Peace, Pontifical Council for Justice and Peace. London: Burns & Oates, 2005, 94.

114 Zimmermann, A. (2014). Subsidiarity, Democracy and Individual Liberty in Brazil. in Evans, M. and Zimmermann, A. *Global Perspectives on Subsidiarity* (Dordrecht: Springer) 88.

individual liberty and eschewing political elitism. In addition to promoting personal responsibility, subsidiarity-inspired decentralisation corresponds to a diminished redistributive welfare initiative which encourages active engagement in political, social, domestic and humanitarian affairs. And it is through these spontaneous interactions between free and responsible individuals that a more perfect vision of the common good and of good government may hope to be realised. One of the chief drafters of the American Declaration of Independence, Thomas Jefferson, expressed the same sentiment:

It is not by the consolidation or concentration of powers, but by their distribution that good government is effected...that division must be made that each might do for itself what concerns itself directly and what it can so much better do than a distant authority. Every state again is divided into counties, each to take care of what lies within its local bounds; each county again into townships or wards, to manage minuter details; and every ward into farms, to be governed each by its individual proprietor...It is by this partition of cares descending in graduation from general to particular that the mass of human affairs may be best managed for the good and prosperity of all. [115]

4. CONCLUSION

To conclude, subsidiarity recognises that there are certain aspects of human life that the state may not legitimately control. As a principle of government, subsidiarity rejects all forms of collectivism predicated on political centralisation and mass welfare assistance. After all, when governmental power increases, individual liberty must decrease, because an excess of governmental power inevitably diminishes personal choice and opportunity. Accordingly, “powerful” governments that make more and more decisions for the citizens eventually destroy all the incentives for spontaneous interaction and economic growth. If a nation embraces subsidiarity, however, it will be a basic principle of government that the power of the state must be decentralised and limited enough so that it does not actually take too much freedom from the individual.

115 Jefferson (1829) 66.

5. REFERENCES

Acton, H.B. (1993). *The Morals of Markets and Related Essays* (edited by D Gordon and J Shearmur, Liberty

Hunnings (ed). Encyclopaedia of European Law (Sweet & Maxwell, 1998) s 12.0120A, cited in John Warwick Montgomery, *Subsidiarity as a Jurisprudential and Canonical Theory* (2002) 148 Law and Justice The Christian Law Review 46, 48.

Pearcey, N. (2006). T*otal Truth: Liberating Christianity from its Cultural Captivity* (Wheaton/Ill)

Pius XI, Quadragesimo Anno: Reconstructing the Social Order and Perfecting it Conformably to the Precepts of the Gospel in Commemoration of the Fortieth Anniversary of the Encyclical 'Rerum Novarum' (Australian Catholic Truth Society, 1931) 25.

Pontifical Council for Justice and Peace, Pontifical Council for Justice and Peace. London: Burns & Oates, 2005, 94.

Pontifical Council for Justice and Peace, Pontifical Council for Justice and Peace. London: Burns & Oates, 2005, 94.

Sirico, R. (2014). Subsidiarity and the Reform of the Welfare of the Nation State, in Michelle Evans and Augusto Zimmermann, *Global Perspectives on Subsidiarity.* (Dordrecht: Springer) 123.

Twomey, A. (2008). Reforming Australia's Federal System. 36 *Federal Law Review.* 57, 59.

Vischer, R. (2001). Subsidiarity as a Principle of Governance: Beyond Devolution. 35 Indiana Law Review 103, 107–108, cited in Peter Widulski, *Bakke, Grutter, and the Principle of Subsidiarity* (2005) 32 Hastings Constitutional Law Quarterly 847, 847.

Von Humboldt, W. (1972). *The Limits of State Action*. Chapter 3 available at http://ebooks.adelaide.edu.au/h/humboldt/wilhelm_von/sphere/chater3.html.

Warwick Montgomery, J. (2002). Subsidiarity as a Jurisprudential and Canonical Theory. 148 Law and Justice: *The Christian Law Review* 46, 48.

Weinberger, L. W. (2014). The Relationship Between Sphere Sovereignty and Subsidiarity, in Michelle Evans and Augusto Zimmermann, *Global Perspectives on Subsidiarity*. (Dordrecht: Springer) 115.

Zimmermann, A. (2014). Subsidiarity, Democracy and Individual Liberty in Brazil, in Michelle Evans Augusto Zimmermann, Global Perspectives on Subsidiarity (Dordrecht: Springer) 88.

Recibido: 19/01/2017
Aprobado para publicación: 28/05/2017

Augusto Zimmermann (LLB, LLM, PhD): Es PhD por Monash University (Australia). Es ex Comisionado de Reforma Legislativa con la Comisión de Reforma Legislativa de Western Australia. El Dr. Zimmermann ha sido profesor titular y ex Decano Asociado (Investigación) y Director de Estudios de Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Murdoch y profesor en la U. De Rio de Janeiro. Es fundador y presidente de la Western Australian Legal Theory Association (WALTA), vicepresidente de la Sociedad Australiana de Filosofía Legal (ASLP) y editor en jefe del Western Australian Jurist law journal.

Correo electrónico: Augusto.Zimmermann@murdoch.edu.au

RECENSIÓN

El Derecho al "Juez Ordinario o Competente" en su Historia y Aplicación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

The Right to the "Ordinary or Competent" Judge or in its History and Aplication in European System of Human Rights

Dr. Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado, PhD.
Profesor investigador Universidad de los Hemisferios y la UTA

Documento Original (Recensión)[116]
RFJ, No. 1, 2017, pp. 257-268, ISSN 2588-0837

PALABRAS CLAVE: Juez, derecho canónico, derechos, competencia judicial, derechos personales.

KEY WORDS: judge, canon law, rights and power, judicial competence, personal rights.

Recensión de Müssig, Ulrike, *El Juez legal. Una comparación histórica desde el Derecho canónico hasta la Convención Europea de los Derechos Humanos, con especial énfasis en el desarrollo del derecho en Alemania, Inglaterra y Francia,* Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, Dykinson, Madrid, 2015, 654 ISBN 978-84-9085-005-3

Book Review of Müssig, Ulrike, *The legal judge. A historical comparison between canon law and the European Convention on Human Rights, with special emphasis on the development of law in Germany, England and France.*

El Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales es un organismo de investigación surgido en la Universidad Rey Juan Carlos que, entre las actividades que despliega, mereciéndole un creciente crédito académico, se encuentra editar con esmero obras selectas por su autoría o contenido. Lo realiza ocasionalmente y en este caso ha optado por ofrecer al público de habla española una obra "mayor":

116 El presente documento fue sometido a revisión de pares externos

un interesante estudio que refleja la potencialidad de la Historia del Derecho como hermenéutica jurídica. El texto viene avalado por la seriedad y profundidad de su autora, la Dra. Müssig, y por el reconocimiento del mismo aun antes de su primera edición, puesto que se basa en el trabajo de habilitación o cualificación postdoctoral que presentó, y ganó en el año 2000 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Würzburg, para las áreas de Derecho Europeo y Alemán, Derecho Civil, Derecho Comparado y Derecho Internacional Privado. Además, su trabajo fue distinguido con el Premio Heisenberg de la Fundación Alemana para la Investigación.

El libro, para el jurista cultivado, resulta atractivo por el título y la portada. Aunados presente y pasado, la imagen de la edición española es la de una pintura del XV, de la escuela de Siena, que representa a Trajano y la viuda. Una historia que, recogida por Dante, sirve también de pórtico al primer capítulo que escribe Müssig. Una mujer, cuyo hijo fue asesinado, implora justicia del emperador justo cuando emprende viaje para enfrentarse a los bárbaros. Ante su postergación, al aludir a que lo que él no haga, ya lo hará su sucesor, ella le inquiere: «¿Hará otro el bien que tú descuidas?». En expresión de Dante en la *Divina Comedia,* Trajano recapacita «...parece correcto que cumpla con mi deber, antes de seguir adelante: lo quiere la justicia; y la pena me retiene». El libro, de más de 650 páginas, «apunta –en palabras de ella misma– a un aspecto fundamental de la justicia: el derecho lo concede el juez *competente a tenor de la* ley». Sigue un *iter* que parte de los fundamentos en el Derecho histórico para culminar en uno de los sistemas contemporáneos más sensibles a los cambios sociales, como es el europeo de protección de Derechos Humanos. Estas páginas son un recorrido conceptual por uno de esos derechos que posibilitan un sistema jurídico y político de libertades.

En Iberoamérica-término que me parece más apropiado para referirme a un ámbito de sistemas jurídicos nacionales claramente identificados por su vinculación originaria a los dos países ibéricos que llevaron su propia versión del Derecho Común al otro lado del océano-, también se ha instituido un sistema de protección de derechos humanos, definido por la Convención Americana de San José de 1969. Como se sabe, a partir de ella se creó la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. No es de este momento hacer una revisión bibliográfica sobre el tema, pero recientemente se acaba de publicar una interesante comparación de ambos sistemas en 2017 por Palestra, Lima, bajo la

dirección de Alejandro Saiz Arnáiz y Luis López Guerra, *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, y es relevante la literatura que parangona ambos sistemas, comenzando por los trabajos de Héctor Fix-Zamudio. En cualquier caso, tiene interés para un iberoamericano hacer un seguimiento del origen y evolución histórica de un derecho, al del juez ordinario predeterminado por la ley, o simplemente, al "juez competente". La conceptualización del otro sistema continental de protección constitucional, además, tiene cierto carácter ejemplificador y de avanzada para el interamericano, según apuntaba el evocador título de Ambos y Böhn de 2013: *¿tribunal tímido vs. tribunal audaz?* El tratamiento que esta obra hace del "juez legal" es útil también para el ámbito americano, donde se extendieron los derechos humanos después de sus primeras formulaciones europeas. Pero, realmente, en el libro de la Dra. Müssig no hay que buscar otras referencias que no sean europeas. Y es que la autora es especialista en Historia constitucional europea.

Los intereses científicos de Ulrike Müssig parten del Derecho en su formación histórica. Es discípula y colaboradora del profesor Dietmar Willoweit, de cuyo libro de textos sobre la historia constitucional europea *(Europäische Verfassungsgeschichte. Rechtshistorische Texte)* es coautora, y de quien sigue sus planteamientos histórico-constitucionales. Su maestro puede ser considerado uno de los más recientes grandes seguidores de la Escuela Histórica del Derecho alemana del siglo XX, y ella, que reconoce que fue gracias a él como inició su dedicación histórico-jurídica en la Universidad Julius-Maximilian de Würzburg, ha seguido su orientación metodológica por la historia constitucional y el Derecho Comparado. La doctora Müssig ha recibido también la inspiración de otros grandes maestros del Derecho, como Hasso Hofmann, y ha trabajado con los reconocidos Horst Dreier y Michael Stolleis en la obra *Fundamentos de Ciencia Legal*. Por tanto, hablamos de una autora muy sólida, de gran autoridad científica. Actualmente es catedrática de Derecho Civil e Historia Legal Alemana y Europea en la Universidad de Passau, donde ejerció también como decana de la Facultad de Derecho. La presente obra, publicada en alemán en 2009 y que, como destacábamos, le sirvió para su habilitación para la máxima categoría docente, es la culminación de una larga trayectoria de trabajo. Le supuso adentrarse en el Derecho Canónico medieval, lo que hizo en el Instituto Leopold-Wenger de la Universidad de Múnich, bajo la tutela del Prof. Landau; en Fráncfort investigó bajo los auspicios del mencionado Stolleis en el Instituto Max-Planck para la

Historia del Derecho Europeo, en Cambridge y en la Cámara de los Lores en Inglaterra, además de varias estancias de investigación junto a las instituciones europeas, en Estrasburgo y Luxemburgo. Sus obras anteriores ya habían avanzado su interés sobre las bases históricas del constitucionalismo *(Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt* –Constitucionalismo y conflicto constitucional–, en 2005, *Verfassungsdiskussion des 18. Jahrhunderts* –La discusión constitucional en el siglo XVIII–, en 2008); *Der mißverstandene Montesquieu* –Montesquieu malentendido- en el 2000) y había realizado algunos interesantes estudios comparados sobre la Administración de justicia (*Constitutional conflicts in seventeenth-century England, en 2008; Der gesetzliche Richter ohne Rechtsstaat?* –¿El juez legal sin Estado de Derecho?–, en 2007; *Höchstgerichte im frühneuzeitlichen Frankreich und England* -Tribunales supremos en Francia e Inglaterra de la temprana era moderna–, en 2007). Además, también ha estudiado el derecho sucesorio en documentos de aplicación medievales, enlazándolos con el Derecho Canónico. Todo ello, como se advierte, en la línea de la escuela de su maestro Willoweit, con inquietudes cercanas, y quien también ejerció la cátedra de Derecho Canónico.

La perspectiva de la obra enlaza derechos humanos, concretamente uno de ellos, muy técnico, pero fundamental para la garantía de los demás: el derecho al "juez competente", con la historia constitucional y la general del Derecho. La interesante aportación histórico-jurídica de Müssig no se encuentra aún publicada en lengua española y es este libro el pionero en difundir sus investigaciones en el ámbito hispano.

El libro consta de tres partes, bien relacionadas, pero con autonomía científica. Sin embargo, no cabe dejar de lado la docena de páginas iniciales que, como genérica "Introducción", ofrecen dos interesantes capítulos sobre la metodología y fuentes utilizadas, con interesantes consideraciones acerca del Derecho comparado en la Historia, y sobre el camino recorrido en la elaboración de lo que inicialmente fue el trabajo de habilitación, acrecentado con ulteriores aportaciones. Y, ya desde el principio constata la problemática específica de una historia constitucional co,mparada, que Fritz Hartung destacó, al dejar en vía muerta la ruta iniciada en por su maestro Otto Hintze. Y eso que se refiere solo a Europa. Quizás entre las naciones americanas –o más específicamente entre las iberoamericanas–, el intento podría ofrecer mejores resultados. En cualquier caso, la Dra. Müssig apunta a una historia del desarrollo de estructuras políticas, en el sentido que ha trabajado, entre al-

gunos otros, Hasso Hofmann, como base para su análisis comparado de la tradición constitucional europea de la garantía del juez competente.

La primera parte del libro, que se titula «Historia del Derecho», está dedicada a considerar al concepto de "competencia" judicial, desde su base canónica medieval. Contiene cinco capítulos en los que se repasa la historia comparada de ese derecho en el *Ius Canonicum* y en los sistemas del Derecho Común en Francia, Inglaterra y Alemania, y en su evolución histórica comparada. La segunda y tercera partes son de Derecho positivo: «Informes por países» vuelve a emplear el método comparativo para analizar cómo es el sistema de protección del derecho al juez competente en Gran Bretaña y en Francia. En un capítulo se estudia la orientación de la protección en el ámbito externo del tribunal y en el otro en el ámbito interno.

La tercera parte, a mi juicio, muy clarividente y de gran potencialidad conceptual, se rotula como «Derecho Europeo» y se organiza en dos capítulos, uno para la Convención Europea de Derechos Humanos, surgida en el ámbito del Consejo de Europa, y otro para el Derecho Comunitario.

Por cada apartado investigatorio que a la autora le parece con suficiente entidad, ofrece un «Resultado», que suele abarcar varios parágrafos. También ofrece un resultado concluyente al finalizar cada parte. Es, pues, un trabajo de investigación construido con gran rigor y con esmero por poner de manifiesto las conclusiones que aporta.

Es un centenar de páginas las que finalmente se ocupan con referencias bibliográficas, muy extensas, trabajadas y organizadas en fuentes no impresas, fuentes impresas legales y jurisprudenciales, y «demás fuentes (impresas)». Y, por último, una relación de la literatura referida. Quizá sea esta una de las más llamativas aportaciones de esta obra, por su exhaustividad, aún restringida a Alemania, Inglaterra, Francia y la Unión Europea en general. La profesora Müssig aún solo en la revisión bibliográfica ha realizado una labor impresionante. Su utilización también es fructífera.

Como en muchas obras de carácter propiamente histórico, incluye también una «lista de personas», de gran utilidad práctica para la consulta del libro, como lo es el final «Directorio de palabras clave». Los resúmenes en inglés y francés con los que se cierra la edición, sin embargo –a mi juicio–, quizá resultan ociosos por su escasa utilidad

práctica dentro de la propia obra. Según se deduce del prólogo a la segunda edición (alemana) quizá es la herencia de esa versión de 2009, justificando en su momento los resúmenes en inglés, francés y español por la excelente acogida de la obra y las numerosas recensiones de la misma en distintas publicaciones en varias lenguas.

Ahora, una vez repasada la estructura del libro, el lector advierte la doble metodología –«doble círculo hermenéutico» escribe Müssig– comparatista e histórica. El estudio histórico no precisa mayor aclaración que la de determinar el origen del derecho o garantía en estudio: ya lo expone con detalle en el primer capítulo de la primera parte, cómo es en la canonística medieval donde se regula por primera vez. Pero en cuanto al elemento comparado territorial, se puede preguntar por qué la autora se interesó por sólo tres sistemas jurídicos y por qué ésos en concreto. No estamos ante el caso de una coyuntura personal concreta que haya determinado más o menos azarosamente el devenir de la investigación, sino de una línea bien diseñada y perseguida, como relata la propia autora al inicio, dentro de sus agradecimientos y explicaciones de la obra.

En primer lugar, toma el caso de Francia como paradigma de un Derecho de base romanista, cuyas fuentes jurídicas han sido codificadas y a las que se llega con una interpretación de carácter deductivo. Un Derecho, por otra parte, caracterizado por el recelo frente al juez como innovador del sistema jurídico, y que ha configurado un órgano de control desde el poder ejecutivo, el Consejo de Estado. En segundo lugar, se fija en el modelo inglés, el *Common Law* que, a diferencia del romanista continental, no ha sido ahormado por la mentalidad codificadora, sino que, al contrario, prima la jurisprudencia, expresada en la pluralidad de casos, y mediante el uso del método inductivo. Es éste un Derecho en el que los poderes se equilibran partiendo de una supremacía del Legislativo que, sin embargo, se compensa con una interpretación restrictiva de la legislación y, a su vez, pone su limitación al Ejecutivo mediante la actuación de la justicia ordinaria, sin crear un órgano específico para el control constitucional. En tercer lugar, en cuanto a la evolución histórica, Müssig también estudia y refleja el sistema jurídico de Alemania, en donde se dio una codificación, bien demorada en el tiempo, pero que permite contar con una elaboración dogmática y conceptual muy avanzada, y donde a la jurisprudencia, que tiene entre sus órdenes, separados, al administrativo y al constitucional, se la confiere un carácter complementario.

El derecho al "juez legal", como denomina la autora al que en otras lenguas se prefiere denominar como juez competente, ordinario o predeterminado, tiene distintas formulaciones. La autora destaca que todos los estados miembros de la Unión Europea lo contemplan en sus textos constitucionales e igualmente la reserva de ley para la regulación del régimen de la competencia judicial. Excepto Inglaterra, cuyo reconocimiento de esta garantía también tiene carácter fundamental y que más adelante estudia cómo se articula. Advierte que, más allá de una simple descomposición léxica de los términos "juez" y "legal", el estudio del concepto lo enfoca a una situación concreta de conflicto, en la que se formula el derecho al juez legal como protección.

La investigación realizada por la catedrática de la universidad de Passau no resulta nada fácil. En la primera parte de esta investigación emprende una ardua tarea de precisión terminológica en su contexto histórico y lingüístico, en tanto que los dos conceptos fundamentales sobre los que planea toda la obra, "juez"-"legal" son distintos en francés, inglés o alemán. Con el objetivo no de hallar unas continuidades terminológicas, sino el «reconocimiento de tradiciones constitucionales europeas comunes o de diferencias», se aplica a una profundización conceptual buscando una traducción e interpretación del sentido preciso, que implica un esfuerzo en comprensión de las fuentes, como de conocimientos de las culturas jurídicas nacionales en las que se emplean. Para salvar estas dificultades, la investigadora toma unas comparaciones puntuales, y atiende a la orientación de las garantías sobre el "juez ordinario", es decir, que sea lo que protege el *Ius Canonicum* o el *«Droit* institucionalizado en los *parlements»*.

La primera parte se desarrolla, como hemos mencionado, en sede canónica, pues Müssig considera y explica que fue el papado, en los siglos XII y XIII, cuando se constituye como primera monarquía absoluta a partir de la jurisprudencia, derivada en parte de la creciente competencia jurisdiccional eclesiástica que, a partir del Derecho sacramental, especialmente el relativo a la penitencia y el matrimonio, le permitió abarcar la totalidad del derecho personal y familiar. A lo que hay que añadir el extenso ámbito que, *ratione personarum*, abarcaba el Derecho Canónico: clérigos, cruzados, eruditos...Y la generalización de la práctica de los rescriptos pontificios, que en aplicación de lo que había sido una creación imperial romana, fortaleció el proceso de ampliación del poder de los papas, en conflicto con otros titulares de soberanía. Por eso, los canonistas mostraron tanto interés en estudiar y precisar el alcance de las competencias del juez y las consecuencias

de su falta de observancia. A partir de este punto resulta sobresaliente la consulta y manejo de las fuentes canónicas del Derecho Común por parte de la autora, deteniéndose en precisar las distinciones y alcances de la competencia en los canonistas. Así, se determina cómo se fundamentó la *querella nulitatis* de una resolución judicial dictada por un juez carente de competencia, y la consideración de la justicia de la causa vinculada con la de su proceso. Esta idea va a ser reiteradamente reflejada en su plasmación en los derechos francés, inglés y alemán.

Puede considerarse que uno de los grandes aciertos de la obra consiste en la oportuna comparación que Müssig realiza del desarrollo histórico en Francia, Gran Bretaña y Alemania en el capítulo 5 de esta parte. La orientación de la protección en el ámbito externo del tribunal, como expone la brillante discípula del prof. Willoweit, se basa en la orientación de la jurisprudencia *(justice retenue)* hacia el derecho, la primacía del Derecho sobre las prerrogativas *(royal prerrogative)* y el compromiso de la jurisprudencia con el Derecho, en Alemania. De la tensión entre jurisprudencia y Derecho se sigue el distinto modo de funcionamiento de las garantías. En Francia, se expresó en la oposición entre los conceptos de oficio ordinario de justicia y mandato extraordinario, y el derecho al *juge natural* no fue contemplado expresamente en la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, sino que se consideró como derecho a partir de una deducción, tácita, del principio general de igualdad ante la ley. Mientras, en Inglaterra, la oposición se dio entre la competencia ordinaria y la competencia extraordinaria. Tampoco las orientaciones de la protección del *rule of law* ni de la *sovereignty of the Parliament* contemplaron expresamente la garantía del juez ordinario, sino que la independencia judicial frente a la prerrogativa regia, basada en la primacía del *Common Law* se basó «en el consenso general desde tiempos inmemoriales», por lo que la orientación de la protección se establece en torno a no crear tribunales extraordinarios, en tanto que la independencia personal del juez se definió legalmente por el *Act of Settlement* de 1701. En Alemania, de modo más complejo, se definió en la primacía de la finalidad normativa determinada por la razón frente a la simple voluntad del monarca ilustrado, como también en la vinculación de la jurisprudencia con sus propias decisiones en el inicio del constitucionalismo y su limitación por la reserva de ley procesal. Müssig sintentiza las conclusiones en este punto al concluir que «la evolución de las formulaciones francesas, inglesas y alemanas en el ámbito externo del tribunal dejan ver una tradición constitucional común contra los tribunales extraordina-

rios y contra la influencia en el resultado del proceso por el nombramiento *ad hoc* de determinados jueces» (p. 341).

El «Informe por países», que constituye la segunda parte del libro, aunque más reducida de extensión, contiene una extraordinaria exposición de un derecho humano en ocasiones preterido ante la espectacularidad de otros, cuya violación siempre resulta más escandalosa (la vida, la integridad física, la libertad de opinión, etc.). En continuidad con la metodología adoptada, se preocupa de determinar la orientación de la protección de la garantía al juez competente ("legal", como ya se ha destacado que la autora prefiere denominar) por una parte en la propia estructura judicial, amparada en la independencia, exigida por el principio de separación de poderes y, por otra, en su propia organización interna, en el régimen de formación de juzgados, reparto de casos y funcionamiento de las salas de tribunales.

No se puede dudar del interés de esta parte tan trabajada por la autora. Tampoco, opino, que sería más interesante una comparación más amplia del régimen constitucional y legal de esta garantía en un mayor número de ordenamientos, pues, como Müssig concluye, no parece hallarse un modelo común, sino distintas técnicas para garantizar este derecho en los ordenamientos nacionales, aunque se permite concluir que, en efecto, existe una cierta coincidencia acerca de la exigencia de una ley para el establecimiento de los tribunales, su planta, y sus reglas de reparto. La autora aquí se ha circunscrito al estudio pormenorizado del régimen francés y británico, bajo la consideración de que el otro sistema al que ha atendido en la parte primera, el alemán, ha sido objeto de numerosas investigaciones y exposiciones monográficas. Particularmente, considero que el análisis que realiza del sistema británico es ejemplar. La autora se ha empeñado en describirlo, precisamente en un momento en que han sido trascendentales los cambios recientes, mediante la *Constitutional Reform Act* de 2005, en que la suprema autoridad revisora judicial ha sido separada de su sede histórica, la Cámara de los Lores, para ubicarla orgánicamente en un espacio propio, una nueva Corte Suprema, con los *Law Lords* como primeros magistrados del nuevo órgano y cuyos asientos en la cámara alta se declaran en extinción. El excelente trabajo de la profesora Müssig explica las laudatorias palabras con que Lord Hope of Craighead prologó la segunda edición alemana, y que la edición española conserva en su idioma original.

La última parte, «Derecho Europeo», contiene dos importantes análisis, dada la dualidad en este punto del significado jurídico de "euro-

peo". El primer capítulo se centra en el Derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos, surgido, como es conocido, en el ámbito del Consejo de Europa, y que orgánicamente se garantiza mediante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.), con sede en Estrasburgo. El segundo atiende a la actuación del órgano jurisdiccional caracterizado en la normativa comunitaria como "institución comunitaria": el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La profesora Müssig determina en primer lugar, en continuidad con la metodología que ha seguido, la «orientación de la protección» en el ámbito externo y en el interno del tribunal. La garantía del juez legal el Convenio la enuncia en el art. 6.1., en su inicio, al preceptuar: «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...». La interpretación de este artículo viene a confirmar una tradición constitucional en Europa en torno a la primacía del derecho en este ámbito, como se desprende del análisis de las orientaciones de la protección. De la relevancia de este precepto habla el hecho que sea el más analizado y, por lo tanto, permanente e ininterrumpidamente interpretado, por el T.E.D.H. En un pormenorizado estudio, la autora precisa el alcance de su contenido, quién ha de ser quien prefigure la competencia, y el alcance de la forma escrita y la publicidad de la ley procesal. Después del exhaustivo análisis hermenéutico del precepto, expone cuáles han sido las exigencias que se han impuesto desde la antigua Comisión Europea para los Derechos Humanos, como desde el antiguo y el nuevo Tribunal Permanente de Derechos Humanos y su implicación a las antiguas Comunidades Europeas y la Unión, a través de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, equiparada jurídicamente a los tratados fundacionales por el Tratado de Lisboa. La Carta dispone en su art. 47.2: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley».

El último capítulo de esta tercera parte determina la aplicación del Convenio Europeo en el ámbito externo e interno del antiguo y del nuevo tribunal europeo, así como las exigencias que recaen sobre los tribunales internos de los estados comunitarios y su organización.

Al concluir la lectura de esta obra se pone de manifiesto el interés de la misma, su relevancia para el Derecho comparado y se entiende que

el Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos hiciera propia la idea de actualizarla, traducirla y publicarla en España, donde son escasos, si no inexistentes, los estudios científicos sobre la figura del juez competente en una perspectiva amplia, histórica o comparatista. La propia autora, al repasar el estado actual de la investigación, indica que sólo hay algunas exposiciones comparadas de la historia del Derecho para el Derecho Privado nada más que «la Historia constitucional comparada es un *desideratum* de la investigación», y ofrece ejemplos bibliográficos de la escasez de estudios sobre el juez legal como derecho fundamental desde perspectiva comparada hallando sólo tres autores desde hace un siglo. Y los que se han ocupado del derecho vigente no han atendido a su evolución histórica.

Desde la perspectiva ibero-latinoamericana estas consideraciones no son distintas. Más aún, el valor de la obra se incrementa. La relación entre los enunciados europeos de la garantía del juez competente y los de acuerdos internacionales de aplicación en América es muy estrecha.

Primero, por los estados latinoamericanos firmantes del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 (Resolución 2200 A, XXI), cuyo art. 14.1 señalaba: «...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil». Y, más específicamente, en su ámbito regional, la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, aprobada en Bogotá en 1948, ya determinaba, para el ámbito penal: «Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes», lo que sería ampliado por el trascendental Pacto de San José de noviembre de 1969. Aquí radica la especial importancia del paralelismo entre el sistema europeo y el americano. Las explicaciones y estudios del libro sobre *El juez legal,* procedentes de una Europa con un Convenio y un tribunal específicamente destinados a garantizar la observancia de los derechos fundamentales, tiene primordial interés en América, cuya Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica igualmente una Convención que dedica su art. 8 a las garantías judiciales y, paralelamente al texto europeo, indica que «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente,

independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

En definitiva, podemos considerar que nos hallamos ante una obra que invita a su lectura, no sólo por el erudito o el jurista teórico, sino por el aplicador del Derecho que desea conocer el alcance y la prospectiva de un derecho fundamental, como es el del juez competente u ordinario, predeterminado por la ley, que es pieza esencial en la articulación de un sistema jurídico de libertades. Una segunda invitación consiste en tomar este modelo de estudio para desarrollarlo desde la perspectiva iberoamericana, en su propio sistema de garantías de los derechos humanos, al analizar el Derecho comparado regional y la jurisprudencia, con el rigor y maestría de la doctora Ulrika Müssig.

Recibido: 25/01/2017
Aprobado para publicación: 28/05/2017

Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado (LLB, PhD): Licenciado en Derecho (U. Complutense) y Doctor por la (U. Rey Juan Carlos), ha sido profesor de Historia del Derecho, Historia de la Unión Europea, Historia de las Relaciones Internacionales, e Historia Social de la Educación, entre otras, en las universidades Complutense de Madrid y Rey Juan Carlos (España). Ha sido Secretario General del “Instituto de Historia de las Instituciones” del C.E.S.S.J. “Ramón Carande” (U. Complutense). Es autor de varias investigaciones y publicaciones sobre Derecho e Historia. Se ha desempeñado como docente en Ecuador, en la Universidad Técnica de Ambato y la Universidad de Los Hemisferios.

Correo electrónico: jmnavalpotros@profesores.uhemisferios.edu.ec

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de investigación (científicos) y de forma alternativa revisiones, análisis de actualidad, resúmenes de investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, miscelánea y traducciones originales y/o divulgativas. La selección y evaluación de los documentos se realizada por al menos dos especialistas externos según la metodología de <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los artículos seleccionados para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumplido con el sistema de revisión antes mencionado.





REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

ISSN: 2588-0837



DESCRIPCIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LOS ARTÍCULOS DE LA REVISTA RFJ 1

BIBLIOGRAPHICAL DESCRIPTION OF THE ARTICLES OF THE JOURNAL RFJ 1

1. Responsabilidad principal

PAREDES, José

Titulo

La teoría, la lógica y la interdisciplinariedad en la argumentación jurídica.

Titulo de la Revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 37-58.

Cómo citar

ACS 2016

PAREDES, José. La teoría, la lógica y la interdisciplinariedad en la argumentación jurídica.

Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 37-58.

APA 2016

PAREDES, J. (2017). La teoría, la lógica y la interdisciplinariedad en la argumentación jurídica.

Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 37-58.

Main responsibility

PAREDES, José

Title

Theory, logic and interdisciplinarity in legal argumentation

Title of the Journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 37-58.

How to quote

ACS 2016

PAREDES, José. Theory, logic and interdisciplinarity in legal argumentation. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp. 37-58.

APA 2016

PAREDES, J (2017). Theory, logic and interdisciplinarity in legal argumentation. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 37-58.

2. Responsabilidad principal

LAGLA, Mabell

Título

Razonamiento jurídico: Lógica, interpretación y argumentación.

Título de la Revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 59-80.

Cómo citar

ACS 2016

LAGLA, Mabell. Razonamiento jurídico: Lógica, interpretación y argumentación. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 59-80.

APA 2016

LAGLA, M. (2017) Razonamiento jurídico: Lógica, interpretación y argumentación. Revista de la Facultad de Jurisprudencia, No. 1, pp. 59-80.

Main responsibility

LAGLA, Mabell

Title

Legal reasoning: Logic, interpretation and argumentation

Title of the Journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 59-80.

How to quote

ACS 2016

LAGLA, Mabell. Legal reasoning: Logic, interpretation and argumentation. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp. 59-80.

APA 2016

LAGLA, M. (2017). Legal reasoning: Logic, interpretation and argumentation. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 59-80.

3. Responsabilidad principal

MÁRMOL, Renato

Título

Racionalidad de las decisiones judiciales y formulación de argumentos en litigio.

Título de la Revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 59-80.

Cómo citar

ACS 2016

MÁRMOL, Renato. Racionalidad de las decisiones judiciales y formulación de argumentos en litigio. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 59-80.

APA 2016

MÁRMOL, R (2017). Racionalidad de las decisiones judiciales y formulación de argumentos en litigio. Revista de la Facultad de Jurisprudencia, No. 1, pp. 59-80.

Main responsibility

MÁRMOL, Renato

Title

Rationality of judicial decisions and formulation of arguments in the litigation.

Title of the Journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 59-80.

How to quote

ACS 2016

MÁRMOL, Renato. Rationality of judicial decisions and formulation of arguments in the litigation. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp. 59-80.

APA 2016

MÁRMOL, R. (2017). Rationality of judicial decisions and formulation of arguments in the litigation. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 59-80.

4. Responsabilidad principal

GUARANGO, Edison

Título

El paradigma y el COIP: Una búsqueda de deconstrucción

Título de la Revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 95-110.

Cómo citar

ACS 2016

GUARANGO, Edison. El paradigma y el COIP: Una búsqueda de deconstrucción. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 95-110.

APA 2016

GUARANGO, E. (2017). El paradigma y el COIP: Una búsqueda de deconstrucción. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 95-110.

Main responsibility

GUARANGO, Edison

Title

The patriarcal paradigm and the COIP. A search for deconstruction

Title of the Journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 95-110.

How to quote

ACS 2016

GUARANGO, Edison. The patriarcal paradigm and the COIP. A search for deconstruction. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp. 95-110.

APA 2016

GUARANGO, E. (2017) The patriarcal paradigm and the COIP. A search for deconstruction. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 95-110.

5. Responsabilidad principal

CASTRO, Felipe

Título

Una política extractiva petrolera en un Estado de derechos y justicia: Una visión crítica de la política pública en Ecuador

Título de la Revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 111- 136.

Cómo citar

ACS 2016

CASTRO, Felipe. Una política extractiva petrolera en un Estado de derechos y justicia: Una visión crítica de la política pública en Ecuador. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 111- 136.

APA 2016

CASTRO, F. (2017). Una política extractiva petrolera en un Estado de derechos y justicia: Una visión crítica de la política pública en Ecuador. Revista de la Facultad de Jurisprudencia, No. 1, pp. 111- 136.

Main responsibility

CASTRO, Felipe

Title

Oil extraction policy under the rule of law and justice: A critical view of public policies in Ecuador

Title of the Journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 111- 136.

How to quote

ACS 2016

CASTRO, Felipe. Oil extraction policy under the rule of law and justice: A critical view of public policies in Ecuador. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp. 111- 136.

APA 2016

CASTRO, F. (2017). Oil extraction policy under the rule of law and justice: A critical view of public policies in Ecuador. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 111- 136.

6. Responsabilidad principal

AUZ, Juan

Título

Dimensiones de los derechos humanos en el cambio climático: Sinergias y salvedades

Título de la Revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 137-162.

Cómo citar

ACS 2016

AUZ, Juan. Dimensiones de los derechos humanos en el cambio climático: Sinergias y salvedades. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 137-162.

APA 2016

AUZ, J. (2017). Dimensiones de los derechos humanos en el cambio climático: Sinergias y salvedades. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. No. 1, pp. 137-162.

Main responsibility

AUZ, Juan

Title

Human rights dimensions in climate change: Synergies and caveats.

Title of the Journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 137-162.

How to quote

ACS 2016

AUZ, Juan. Human rights dimensions in climate change: Synergies and caveats. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp.137-162.

APA 2016

AUZ, J. (2017). Human rights dimensions in climate change: Synergies and caveats. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 137-162.

7. Responsabilidad principal

AHOURAIYAN, Schoele

Título

Un mundo multicultural. Un hecho inevitable. La búsqueda de unidad en diversidad.

Título de la revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017 No.1, pp. 163- 174.

Cómo citar

ACS 2016

AHOURAIYAN, Schoele. Un mundo multicultural. Un hecho inevitable. La búsqueda de unidad en diversidad. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017 No.1, pp. 163- 174.

APA 2016

AHOURAIYAN, S. (2017). Un mundo multicultural. Un hecho inevitable. La búsqueda de unidad en diversidad. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. No.1, pp. 163- 174.

Main responsibility

AHOURAIYAN, Schoele

Title

A multicultural world – An inevitable fact. The search for unity in diversity

Title of the journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017 No.1, pp. 163- 174.

How to quote

ACS 2016

AHOURAIYAN, Schoele. A multicultural world – An inevitable fact. The search for unity in diversity. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017 No.1, pp. 163- 174.

APA 2016

AHOURAIYAN, S. (2017). A multicultural world – An inevitable fact. The search for unity in diversity. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No.1, pp. 163- 174.

8. Responsabilidad principal

SAZOSA, Juan Pablo

Título

El concepto de interculturalismo en un mundo complejo

Título de la Revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 175- 185.

Cómo citar

ACS 2016

SAZOSA, Juan Pablo. El concepto de interculturalismo en un mundo complejo. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 175- 185.

APA 2016

SAZOSA, JP. (2017). El concepto de interculturalismo en un mundo complejo. Revista de la Facultad de Jurisprudencia, No. 1, pp. 175- 185.

Main responsibility

SARZOSA, Juan Pablo

Title

The concept of interculturalism in a complex world

Title of the Journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 175- 185.

How to quote

ACS 2016

SARZOSA, Juan Pablo. The concept of interculturalism in a complex world. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp. 175- 185.

APA 2016

SARZOSA, JP. (2017). The concept of interculturalism in a complex world. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 175- 185.

9. Responsabilidad principal

LASCANO, Gonzalo

Título

El proceso lógico – jurídico de la convicción del Juez tributario

Título de la Revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 187 - 202.

Cómo citar

ACS 2016

LASCANO, Gonzalo. El proceso lógico – jurídico de la convicción del Juez tributario. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 187 - 202.

APA 2016

LASCANO, Gonzalo. (2017) El proceso lógico – jurídico de la convicción del Juez tributario. Revista de la Facultad de Jurisprudencia, No. 1, pp. 187 - 202.

Main responsibility

LASCANO, Gonzalo

Title

The logical – legal process of the convictions of the judges.

Title of the Journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 187 - 202.

How to quote

ACS 2016

LASCANO, Gonzalo. The logical – legal process of the convictions of the judges. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp. 187 - 202.

APA 2016

LASCANO, G. (2017). The logical – legal process of the convictions of the judges. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 187 - 202.

10. Responsabilidad Principal

LÓPEZ, Francisco

Título

Constitución de los Estados Unidos: Mutación de sus normativas.

Título de la revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 203-217.

Cómo citar

ACS 2016

LÓPEZ, Francisco. Constitución de los Estados Unidos: Mutación de sus normativas. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 203-217..

APA 2016

LÓPEZ, F. (2017) Constitución de los Estados Unidos: Mutación de sus normativas. Revista de la Facultad de Jurisprudencia, No. 1, pp. 203-217.

Main responsibility

LÓPEZ, Francisco

Title

Constitution of the United States: Mutation of the constitutional text.

Title of the journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 203-217.

How to quote

ACS 2016

LÓPEZ, Francisco. Constitution of the United States: Mutation of the constitutional text. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp. 203-217.

APA 2016

LÓPEZ, F. 2017). Constitution of the United States: Mutation of the constitutional text. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 203-217.

11. Responsabilidad principal

FIGUERA, Sorily

Título

Recuperación de bienes arqueológicos desde la perspectiva del sistema jurídico venezolano: El caso de la piedra sagrada Kucka Abuela.

Título de la Revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 219- 228.

Cómo citar

ACS 2016

FIGUERA, Sorily. Recuperación de bienes arqueológicos desde la perspectiva del sistema jurídico venezolano: El caso de la piedra sagrada Kucka Abuela. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 219- 228.

APA 2016

FIGUERA, S. (2017). Recuperación de bienes arqueológicos desde la perspectiva del sistema jurídico venezolano: El caso de la piedra sagrada Kucka Abuela. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 219- 228.

Main responsibility

FIGUERA, Sorily

Title

Recovery of archeological poperty from the perspective of the Venezuelan legal system: The case of the Kucka Abuela sacred atone

Title of the Journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 219- 228.

How to quote

ACS 2016

FIGUERA, Sorily. Recovery of archeological poperty from the perspective of the Venezuelan legal system: The case of the Kucka Abuela sacred atone. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp. 219- 228.

APA 2016

FIGUERA, S. (2017). Recovery of archeological poperty from the perspective of the Venezuelan legal system: The case of the Kucka Abuela sacred atone. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 219- 228.

12. Responsabilidad principal

GRIJALVA, Agustin

Título

La Carta magna inglesa: Una provocación para pensar las Relaciones entre Constitución y Constitucionalismo

Título de la Revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 229-240.

Cómo citar

ACS 2016

GRIJALVA, Agustin. La Carta magna inglesa: Una provocación para pensar las Relaciones entre Constitución y Constitucionalismo. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 229-240.

APA 2016

GRIJALVA, A. (2017). La Carta magna inglesa: Una provocación para pensar las Relaciones entre Constitución y Constitucionalismo. Revista de la Facultad de Jurisprudencia, No. 1, pp. 229-240.

Main responsibility

GRIJALVA, Agustin

Title

Carta Magna: A provocation to consider the relationship between Constitution and Constitutionalism.

Title of the Journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 229-240.

How to quote

ACS 2016

GRIJALVA, Agustin. Carta Magna: A provocation to consider the relationship between Constitution and Constitutionalism. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp. 229-240.

APA 2016

GRIJALVA, A. (2017). Carta Magna: A provocation to consider the relationship between Constitution and Constitutionalism. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 229-240.

13. Responsabilidad principal

ZIMMERMANN, Augusto

Título

Reformas del Estado democrático: Subsidiariedad y visión del gobierno limitado

Título de la Revista

Revista de la Facultad de Jurisprudencia

Localización

2017, No. 1, pp. 241- 253.

Cómo citar

ACS 2016

ZIMMERMANN, Augusto. Reformas del Estado democrático: Subsidiariedad y visión del gobierno limitado. Revista de la Facultad de Jurisprudencia. 2017, No. 1, pp. 241- 253..

APA 2016

ZIMMERMANN, A. (2017). Reformas del Estado democrático: Subsidiariedad y visión del gobierno limitado. Revista de la Facultad de Jurisprudencia, No. 1, pp. 241- 253..

Main responsibility

ZIMMERMANN, Augusto

Title

Reforming the democratice Sate: Sibsidiarity and a vision of limited goberment.

Title of the Journal

Journal of the Faculty of Jurisprudence

Location

2017, No. 1, pp. 241- 253..

How to quote

ACS 2016

ZIMMERMANN, Augusto. Reforming the democratice Sate: Sibsidiarity and a vision of limited goberment. Journal of the Faculty of Jurisprudence. 2017, No. 1, pp. 241- 253..

APA 2016

ZIMMERMANN, A. (2017). Reforming the democratice Sate: Sibsidiarity and a vision of limited goberment. Journal of the Faculty of Jurisprudence, No. 1, pp. 241- 253.





NORMAS EDITORIALES REVISTA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE (RFJ)

Los autores que deseen remitir artículos para análisis y aprobación de publicación por parte del Comité Editorial de la revista deben:

1. Remitir el artículo a través de la plataforma de la Revista o en su defecto, enviar un correo electrónico con el documento y/o sus consultas a:

a) **Director y Editor Jefe:** rfj.derecho.puce@gmail.com

b) **Subdirector y Subeditor Jefe:** rfj.derecho.puce@gmail.com

IMPORTANTE: en el transcurso de los procesos (recepción, revisión, evaluación, publicación, otros) de la Revista RFJ se garantizará la total anonimidad de los autores frente a los pares revisores y/o terceros.

2. La revista acepta documentos elaborados en: castellano, inglés, francés, portugués e italiano.

3. El artículo debe cumplir con una de las categorías propuestas. Al momento de subir a la plataforma y/o en el asunto del correo indicarse el tipo de artículo.

4. **Las tipologías aceptadas son:**

a) **Artículos Originales (científico, revisión, análisis, según su grado de complejidad y aporte):** se seleccionarán artículos que deberán ser publicados únicamente en la Revista Jurídica RFJ. En ese sentido, la revista es la única autorizada para editar formatos (más no información) y la única revista que publicará el artículo. Los artículos deben presentar de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación e indicar su origen (proyecto desarrollado a partir de fondos concursables, proyecto independiente, otros). Deberán incluir las referencias bibliográficas citadas. Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. La extensión mínima será de 4.000 palabras.

La estructura puede contener las siguientes secciones:

1) Introducción

2) Metodología

3) Resultados

4) Discusión

5) Conclusiones

6) Referencias Bibliográficas (incluye bibliografía citada en el texto)

IMPORTANTE: los resultados deben provenir de una investigación con una perspectiva teórico-conceptual, analítica, interpretativa o crítica.

b) Críticas y/o Recensiones de libros: breves ensayos estructurados que analizan críticamente y contextualizan una novedad editorial de interés académico para las temáticas de la revista. La extensión mínima será de 3.000 palabras. Deberán incluir las referencias bibliográficas citadas. Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

c) Misceláneas: artículos relacionados con las grandes áreas temáticas (dentro de la ciencia jurídica) que de manera general aborda la revista RFJ. Es decir, se aceptarán documentos originales que versen sobre investigaciones de diversos tipos donde el derecho posea una trascendencia significativa. La extensión mínima será de 4.000 palabras (en el recuento deberán incluir todas las palabras que figuren en el texto propuesto por los autores: sus nombres, títulos, resumen, otras.). Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. En aras de asegurar la alta calidad de los contenidos publicados, serán remitidos por la RFJ para su evaluación de forma anónima (doble ciego). Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

d) Notas de Investigación: son artículos con trascendencia a nivel jurídico caracterizados por estar basados en trabajos preliminares (insertados dentro de un proyecto de investigación o una investigación matriz en curso) que, sin perjuicio del método y rigor cien-

tíficos, presentan aspectos metodológicos innovadores o resultados que, por su carácter novedoso, el autor considera de interés publicar antes de finalizar su investigación. La extensión mínima será de 3.000 palabras. (en el recuento deberán incluir todas las palabras que figuren en el texto propuesto por los autores: sus nombres, títulos, resumen, otras.). Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. En aras de asegurar la alta calidad de los contenidos publicados, serán remitidos por la RFJ para su evaluación de forma anónima (doble ciego). Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

e) Resumen y/o Informe de Investigación: la RFJ acepta dos modalidades de informe de investigación jurídico-científico: El informe técnico y el Informe divulgativo. Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

- El primero enfatiza en la metodología y técnicas empleadas, validez y confiabilidad de los resultados, marco teórico de la investigación y empleo de terminología especializada.

- El segundo incluye el procedimiento de investigación, ilustraciones sencillas y expresivas de los resultados y hace énfasis en las conclusiones y recomendaciones.

La extensión mínima será de 3.000 palabras (en el recuento deberán incluir todas las palabras que figuren en el texto propuesto por los autores: sus nombres, títulos, resumen, otras.). Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. En aras de asegurar la alta calidad de los contenidos publicados, serán remitidos por la RFJ para su evaluación de forma anónima (doble ciego). Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

5. Características generales de los documentos:

Deben tener formato Word, de igual forma debe incluir: título, autor o autores y dirección del contacto (correo electrónico y dirección postal). Es indispensable indicar cuál autor (autor corresponsal) se encargará de recibir y enviar la correspondencia o de lo contrario se asumirá que el primer autor se hará cargo de tal función. El texto debe estar digitado a espacio y simple, letra Garamond, tamaño 12.

En el interior del documento se deben especificar los datos centrales del autor o autores, lo cual debe incluir: escolaridad máxima, la filiación institucional, ciudad, Estado o departamento, país, el correo electrónico (institucional), Google Scholar y ORCID.

6. La remisión del artículo debe ir acompañada de la hoja de vida de cada uno de los autores y de la carta de cesión de derechos firmada (descargar y/ solicitar por correo electrónico).

7. Redactar el documento con una extensión acorde con la tipología seleccionada. Este debe ir precedido de un breve resumen del trabajo en castellano y en inglés ("abstract") que no sobrepase las 150 palabras. En ambos se debe indicar: a) objetivo; b) metodología; c) resultados; y d) conclusiones. Después del resumen y del "abstract", deben incluirse de cuatro a seis palabras clave para identificar las principales temáticas abordadas (castellano e inglés respectivamente), estas deben buscarse (preferentemente) en el Tesauro de la UNESCO.

8. Las críticas y reseñas de libros deben ir precedida de los nombres, apellidos y profesión de quienes la realizan/ la crítica o reseña, así como de los elementos bibliográficos completos (nombres y apellidos del autor, título completo del libro, número de edición, ciudad de publicación, editorial, año de publicación).

9. Las traducciones de obras anteriormente publicadas no son consideradas como documentos inéditos. Sino como documentos de divulgación. Sin embargo, pasarán por el mismo proceso de selección de los artículos. Deben indicar con claridad las fuentes y procedencia del texto original, así como los respectivos permisos para la publicación.

10. Enviar los gráficos, mapas y fotografías en una resolución mínima de 266 dpi en formato jpg o gif. Junto a los cuadros deben ir los anexos al documento, indicando el lugar donde se pondrán dentro del texto. Todos estos recursos se deben enumerar consecutivamente en numeración arábiga e indicar con claridad la(s) fuente(s) correspondiente(s). En las tablas se deben usar únicamente líneas horizontales de acuerdo con las normas APA sexta edición.

11. Citar las fuentes bibliográficas, menores a 40 palabras, dentro del texto del siguiente modo: (autor, año, página). Ejemplo: (Muñoz, 1996, p. 30). Las citas que tienen más de 40 palabras se escriben

aparte del texto, con sangría, sin comillas y sin cursiva. Al final de la cita debe colocarse el punto antes de los datos recuerde que en las citas con menos de 40 palabras el punto se pone después.

12. Las notas al pie de página numeradas en orden consecutivo se utilizarán solo para aclaraciones, comentarios, discusiones, envíos por parte del autor y deben ir en su correspondiente página, con el fin de facilitar al lector el seguimiento de la lectura del texto.

IMPORTANTE: las referencias bibliográficas se harán indefectiblemente con base en las normas APA sexta edición. Los defectos de forma darán lugar a negación automática. Recuerde que todas las referencias deben de llevar sangría francesa. A continuación, se detallan ejemplos de los requerimientos:

Libro:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título del libro. Lugar de publicación: Editorial.

Libro con editor:

Apellido, Iniciales nombre del autor (Ed.). (Año). Titulo. Ciudad, País: Editorial.

Capítulo de libro:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título del capítulo. En Iniciales nombre del editor o compilador. Apellido. (Ed.) o (Comp.), Título del libro (pp. xx.xx). Lugar de publicación: Editorial.

Artículo revista:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título artículo. Nombre de la revista, volumen(número), pp.pp.

Artículo con DOI:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título del artículo. Nombre de la revista, volumen (número), pp.pp. Doi: xx.xxxxxxx.

Artículo de periódico:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Fecha). Título artículo. Nombre del periódico, pp.pp.

Tesis de grado o posgrado:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título de la tesis (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, lugar.

En línea:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Fecha). Título del artículo. Recuperado de (URL).

Observación para los Autores

a. Es necesario que aparezcan los apellidos (separados por un guion) y los nombres de todos los autores. Además, para cada uno de ellos mediante nota al pie de página, debe colocarse el título académico máximo alcanzado, la filiación institucional, la ciudad (estado o departamento), el país, la dirección de correo electrónico institucional, el código ORCID y el link del perfil de Google Scholar.

b. Se debe considerar que el primer autor será quien quedará registrado en las bases de datos de los diferentes servicios de indexación y resumen.

c. Es indispensable indicar cuál autor se encargará de recibir y enviar la correspondencia, o de lo contrario se asumirá que el primer autor se hará cargo de tal función.

PROCESO DE REVISIÓN POR PARES Y OTROS RELACIONADOS

La Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (RFJ) es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias.

La Revista orienta sus políticas editoriales a partir de la armonización de los requerimientos generales y específicos de LATINDEX, SCIELO (Ecuador) y SCOPUS. Además, considera los lineamientos legales y reglamentarios vigentes, directrices de la SENESCYT, el Reglamento General de Publicaciones de la PUCE y sus políticas generales sobre publicaciones e investigación científica regidas por la Facultad de Jurisprudencia, la Dirección de Investigación y el Centro de Publicaciones.

1. Cada uno de los artículos recibidos es sometido a un proceso de revisión y selección. La duración de este proceso es variable y puede oscilar entre uno y dieciocho meses. (aproximadamente y depende del nivel de complejidad del aporte).

2. El estudio y la selección inicial de los escritos están a cargo del Equipo de Gestión Editorial el cual acepta o rechaza los originales atendiendo a la calidad científica, la concordancia con las temáticas propias de la revista y la vigencia temporal de los resultados.

3. El Comité Editorial de la Revista RFJ se encuentra integrado por los miembros de: a) el Consejo Editorial y b) el Equipo de Gestión Editorial.

4. Los miembros del Consejo Editorial y el equipo de Gestión Editorial tienen por obligación dar el soporte respectivo a los procesos de la Revista.

5. El cien por ciento de los miembros del Consejo Editorial está integrado por connotados juristas nacionales e internacionales externos a la PUCE, quienes, respetando la más estricta anonimidad, exigida por el sistema de doble ciego, pueden oficiar como evalua-

dores en materias afines y proporcionar opiniones informadas y vinculantes para el proceso de evaluación de un documento remitido para publicación. Sin embargo, en caso de oficiar como revisores ciegos de un artículo, no podrán participar de otros procesos vinculados a la publicación de ese documento (Ej.: votación para la inclusión dentro de un número específico de la Revista, otros).

6. Además, la revista cuenta con el soporte de un Comité de Asesoría Editorial. Este comité está integrado por profesores de la PUCE quienes ofician como consultores generales (sin opinión vinculante) y en ningún caso como evaluadores y/o pares ciegos. Este comité no conforma parte del Comité Editorial de la Revista RFJ.

7. El Equipo de Gestión Editorial en representación del Comité Editorial de la Revista RFJ puede solicitar modificaciones y hacer las recomendaciones que se estimen necesarias para ajustar el documento a las indicaciones de la revista (a partir de los resultados remitidos por los pares ciegos y otras consideraciones generales tales como formato, otros).

8. Luego de esta revisión, el manuscrito es sometida a evaluación tipo <<doble ciego>> por parte de dos pares académicos externos (nacionales y/o internacionales).

9. Estos académicos emiten a través del formato de evaluación establecido por la Revista (ver formato evaluación de artículo) un informe (opinión) concepto que puede ser:

a) Aprobado sin cambios

b) Aprobado sujeto a cambios menores (no requiere nueva evaluación)

c) Aprobado sujeto a cambios mayores (requiere nueva evaluación)

d) Rechazado (no publicable en la Revista RFJ)

10. En el caso que la decisión de los evaluadores derive en controversias, estas serán resueltas inicialmente por el Editor Jefe y/o el Subeditor o de ser necesario se solicitará una segunda o tercera evaluación por pares académicos externos.

11. Durante todos los procesos mencionados se garantiza la anonimidad de autores y pares revisores (evaluadores).

12. De igual manera, el resultado de la evaluación será informada al autor (y/o autor corresponsal) del documento remitido vía correo electrónico. Esto con la finalidad que realice los ajustes necesarios que hayan solicitado los evaluadores.

13. Confirmada la recepción del documento con las correcciones realizadas, se verificará el acatamiento de las sugerencias de los evaluadores y analizará las justificaciones de aquellas que no se hayan tenido en cuenta.

14. Una vez aprobada esta fase, el artículo será enviado de nuevo de ser necesario al autor para realizar los ajustes a que hubiere lugar.

15. El proceso de revisión y evaluación del material entregado puede tardar en promedio un mínimo de tres meses.

16. **IMPORTANTE:**

a) La recepción de un documento no implica la aprobación y/o publicación inmediata del mismo.

b) Todos los documentos contarán con una revisión de similitud documental (“antiplagio” a través de la plataforma URKUND).

c) El tiempo promedio de publicación de un artículo oscila entre seis y dieciocho meses.

d) La verificación posterior de plagio (por denuncia de los lectores) dará lugar al retiro inmediato de la publicación. Toda denuncia de plagio deberá ir acompañada de los respectivos medios probatorios.

e) La Revista acepta comentarios y opiniones generales e informadas por parte de sus lectores y las considera como aportes a las revisiones externas (documentales) y de sus procesos de gestión.

f) La Revista constituye una publicación de distribución gratuita (de libre acceso y con libre descarga parcial y/o total) .

g) La Revista no solicita pagos, colaboración económica y/o donación a los autores. Ninguno de sus miembros se encuentra habilitado para solicitar algún tipo de ayuda económica a cambio de facilitar la publicación dentro de la revista. Ninguno de sus miembros se encuentra capacitado para incidir en el proceso de evaluación y decidir unilateralmente la publicación o rechazo de un documento sometido a revisión de doble ciego. Este tipo de conductas se encuentra sancionadas con la expulsión y la remisión del caso al Comité de Ética de la PUCE.

PROCESO EDITORIAL

RFJ acusa la recepción de las contribuciones remitidas por email y a través de su plataforma, gestionará el estado del proceso documental (aceptación y rechazo). En caso de aceptación, se notificarán los aspectos relacionados con el proceso de edición. También mediante el portal de la revista, en la sección Propuestas podrán encontrarse las Directrices para Autores/Autoras y la sección Proceso de Revisión por Pares y Otros Relacionados con mayores detalles de gestión. Además, la RFJ cuenta con la sección Documentos Importantes donde se ubican: 1) la Declaración de Compromiso de los Autores; 2) el modelo físico del Informe de Evaluación de Textos en Revisión por Pares; y 3) la Cesión de Derechos.

Se informa que las contribuciones remitidas cumplirán un doble proceso:

a) Primer proceso: efectuado con la finalidad de determinar pertinencia y solvencia científica del artículo. En un máximo de 45 días desde la recepción del texto, se emitirá una notificación indicando si procede la evaluación por parte del Consejo Editorial y de Evaluadores Externos. En caso de deficiencias esenciales, es decir, insubsanables se comunicará la no admisión (sin opción a apelación). En caso contrario si existen deficiencias subsanables (forma, incoherencias leves en el sistema de citas, otros), se devolverá al remitente para su corrección en un plazo máximo de 10 días. En caso de no recibir respuesta por parte del remitente dentro del plazo establecido se desestimará la propuesta.

b) Segundo proceso: consiste en la revisión de pares (sistema doble ciego). Las contribuciones serán evaluadas científicamente por dos o más expertos (externos) en el ámbito propuesto. Los informes indicarán las siguientes recomendaciones: aceptar (publicable) sin cambios, aceptar con revisiones menores (publicable con cambios), aceptar con revisiones mayores (publicable con cambios drásticos), no publicable (rechazado). A base de los informes se efectuará la decisión final de aceptación o rechazo. En caso de discrepancia entre informes se remitirá el texto a revisiones adicionales (tercer dictamen).

Los autores recibirán los informes de evaluación científica de forma anónima. Asimismo, los aportes evaluados de manera positiva y que

requieran revisiones menores o mayores deberán ser devueltos con un plazo máximo de 7 días calendario. La RFJ se reserva el derecho de efectuar correcciones de estilo y cambios editoriales que considere pertinentes y necesarios con la finalidad de mejorar el texto.

Diagramados los aportes, estos serán remitidos a los autores para su verificación y corrección (tipografía y ortografía) en un plazo máximo de 10 días. El acceso a la versión definitiva será posible on-line.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A (POLÍTICAS DE ACCESO Y REUSO)

Aquellos autores/as que tengan publicaciones la RFJ, aceptan los términos siguientes:

1) Los autores/as ceden sus derechos de autor de carácter patrimonial (conservando los morales). En ese sentido, ceden a la RFJ el derecho de (primera) publicación de su obra.

2) Se permitirá a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación en la RFJ. Sin embargo, para republicación o traducción total o parcial del aporte, será necesario contactar con la revista y recabar la respectiva autorización expresa.

3) Los autores/as podrán colaborar/participar de la distribución de su aporte indicando la publicación inicial en la RFJ.

4) Se autoriza a los autores/as difundir su obra a través de internet (ej. Pagina web personal y/o institucional) de manera posterior al proceso de evaluación y publicación con la finalidad de incentivar los intercambios intelectuales y/o de opinión e incidir favorablemente en las citas de la obra publicada.

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS ÉTICOS (CÓDIGO DE ÉTICA)

Además de los lineamientos éticos propios de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE (ver Código de Ética y Código de Ética de la Investigación y el Aprendizaje disponibles https://www.puce.edu.ec/intranet/normativainstitucional) y recomendaciones y lineamientos del Centro de Publicaciones y la Dirección de Investi-

gación (disponibles en https://www.puce.edu.ec) la RFJ acoge como fundamentación ética y de buenas practicas editoriales los protocolos establecidos por el Comité Internacional de Ética en la Publicación Científica – COPE (disponible en https://publicationethics.org/resources/code-conduct).

POLÍTICAS Y DETECCIÓN DE PLAGIO

Las contribuciones remitidas a la RFJ serán sometidas a análisis del programa automático URKUND (que permite la revisión de trabajos escritos con la intención de revisar su grado de semejanza con otras fuentes bibliográficas). Para mayores alcances visitar: https://www.pucevirtual.edu.ec/urkund/.

Asimismo, se aplicarán los lineamientos y recomendaciones indicados por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE en su página web (ver https://www.puce.edu.ec) y las directrices incluidas en el organigrama del Comité Internacional de Ética en la Publicación Científica – COPE (disponible en https://publicationethics.org/resources/code-conduct).

En caso comprobado de plagio la RFJ:

- Informará al editor de la revista en la que fue publicado (total o parcialmente) el documento plagiado.

- Infamará a los autores/as del documento plagiado.

- Publicará una retractación oficial del trabajo.

- No publicará ningún otro trabajo de los autores/as involucrados por un periodo de 5 años.

POLÍTICA DE CÓDIGO ABIERTO

La RFJ provee acceso libre inmediato a su contenido bajo el principio de que hacer disponible gratuitamente investigación al publico apoya a un mayor intercambio de conocimiento global.

Condiciones de auto-archivo: Se permite a los autores la reutilización de los trabajos publicados, es decir, se puede archivar el *post-print* (o la versión final posterior a la revisión por pares o la versión PDF del editor), con fines no comerciales, incluyendo su depósito en repositorios institucionales, temáticos o páginas web personales. Color Sherpa/Romeo: Azul.

ARCHIVAR

La RFJ permite a las bibliotecas crear archivos permanentes de la revista con fines de preservación y restauración. Además, esta revista utiliza diferentes repositorios nacionales e internacionales, tales como Google Académico entre otros. Y el Repositorio Institucional de la PUCE (Ecuador) archivan digitalmente y garantizan a su vez la indización.

ÉTICA EN LA PUBLICACIÓN

Someter un artículo significa que no ha sido publicado anteriormente, que no está siendo considerado para publicación en ningún otro medio (excepto tesis y trabajos de grado) ni en ningún otro idioma y que está siendo sometido con conocimiento de todos los autores. No cumplir esto viola las políticas de ética de la RFJ.

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores deben declarar que no tienen ningún conflicto potencial o real de tipo financiero, personal o de cualquier índole con otras personas u organizaciones en los siguientes dos años después de someter el artículo, que pueda influenciar negativamente el trabajo realizado. Ver la forma “Conflicto de Intereses” en Open Journal System.

CAMBIOS EN LA AUTORÍA

Se refiere a la adición, remoción o re-acomodación del orden de los autores. Antes de que el artículo sea publicado, el autor para correspondencia puede solicitar al Editor, adicionar, remover o modificar el orden de los autores. Debe indicar la razón para hacer la modificación y enviar una comunicación escrita firmada por todos los autores certificando que todos están de acuerdo con la modificación. En caso de adición o remoción la comunicación escrita debe incluir la confirmación por parte del autor(es). Una vez publicado el artículo no se aceptan adición, remoción o modificación en el orden de los autores.

COSTOS DE PROCESAMIENTO Y ENVÍO DE ARTÍCULOS

La RFJ no realiza ningún cobro por la postulación, evaluación y publicación de los artículos sometidos. La publicación, no genera costo alguno para autores y lectores, toda vez que la PUCE asume los gastos relacionados con edición, gestión y publicación. Los pares evaluadores no reciben retribución económica alguna por su valiosa contribución.

DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Como se ha mencionado en la Declaración de Principios Éticos (Código de Ética), la RFJ está comprometida con altos estándares de ética y buenas prácticas en la difusión y transferencia del conocimiento, para garantizar el rigor y la calidad científica. Es por ello por lo que ha adoptado como referencia el Código de Conducta que, para editores de revistas científicas, ha establecido el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics) dentro de los cuales se destaca:

Obligaciones y responsabilidades generales del equipo editorial

La RFJ se compromete a:

- Aunar esfuerzos para satisfacer las necesidades de los lectores y autores.
- Propender por el mejoramiento continuo de la revista.
- Asegurar la calidad del material que se publica.

- Velar por la libertad de expresión.
- Mantener la integridad académica de su contenido.
- Impedir que intereses comerciales comprometan los criterios intelectuales.
- Publicar correcciones, aclaraciones, retractaciones y disculpas cuando sea necesario.

Relaciones con los autores

La RFJ se compromete a asegurar la calidad del material que publica, informando sobre los objetivos y normas de la revista. Las decisiones del editor para aceptar o rechazar un documento para su publicación se basa únicamente en la relevancia del trabajo, su originalidad y la pertinencia del estudio con relación a la línea editorial de la revista.

La revista incluye una descripción de los procesos seguidos en la evaluación por pares de cada trabajo recibido. Cuenta con un manual de envío de manuscritos para autores en la que se presenta esta información y es actualizada regularmente. Se reconoce el derecho de los autores a apelar las decisiones editoriales.

El editor no modificará su decisión en la aceptación de envíos, a menos que se detecten irregularidades o situaciones extraordinarias. Cualquier cambio en los miembros del comité editorial no afectará las decisiones ya tomadas, salvo casos excepcionales en los que confluyan graves circunstancias.

Relaciones con los evaluadores

La RFJ pone a disposición de los evaluadores un manual para la evaluación de manuscritos acerca de lo que se espera de ellos. La identidad de los evaluadores se encuentra en todo momento protegida, garantizando su anonimato.

Aspectos generales del proceso de evaluación por pares

La RFJ garantiza que el material remitido para su publicación será considerado como materia reservada y confidencial mientras que se evalúa (doble ciego).

RECLAMACIONES

La RFJ se compromete responder con rapidez a las quejas recibidas y a velar por que los demandantes insatisfechos puedan tramitar todas sus quejas. En cualquier caso, si los interesados no consiguen satisfacer sus reclamaciones, se considera que están en su derecho de elevar sus protestas a otras instancias.

FOMENTO DE LA INTEGRIDAD ACADÉMICA

La RFJ asegura que el material que publica se ajusta a las normas éticas internacionalmente aceptadas.

PROTECCIÓN DE DATOS INDIVIDUALES

La RFJ garantiza la confidencialidad de la información individual (por ejemplo, de los profesores y/o alumnos participantes como colaboradores o sujetos de estudio en las investigaciones presentadas).

Seguimiento de malas prácticas

La RFJ asume su obligación para actuar en consecuencia en caso de sospecha de malas prácticas o conductas inadecuadas. Esta obligación se extiende tanto a los documentos publicados como a los no publicados. El editor no sólo rechazará los manuscritos que planteen dudas sobre una posible mala conducta, sino que se consideran éticamente obligados a denunciar los supuestos casos de mala conducta. Desde la revista se realizarán todos los esfuerzos razonables para asegurar que los trabajos sometidos a evaluación sean rigurosos y éticamente adecuados.

Integridad y rigor académico

Cada vez que se tenga constancia de que algún trabajo publicado contiene inexactitudes importantes, declaraciones engañosas o distorsionadas, debe ser corregido de forma inmediata.

En caso de detectarse algún trabajo cuyo contenido sea fraudulento, será retirado tan pronto como se conozca, informando inmediatamente tanto a los lectores como a los sistemas de indexación.

Se consideran prácticas inadmisibles, y como tal se denunciarán las siguientes: el envío simultáneo de un mismo trabajo a varias revistas, la publicación duplicada o con cambios irrelevantes o parafraseo del mismo trabajo, o la fragmentación artificial de un trabajo en varios artículos.

Relaciones con los propietarios y editores de revistas

La relación entre editores, editoriales y propietarios estará sujeta al principio de independencia editorial. La RFJ garantizará siempre que los artículos se publiquen con base en su calidad e idoneidad para los lectores, y no con vistas a un beneficio económico o político. En este sentido, el hecho de que la revista no se rija por intereses económicos, y defienda el ideal de libre acceso al conocimiento universal y gratuito, facilita dicha independencia.

CONFLICTO DE INTERESES

La RFJ establecerá los mecanismos necesarios para evitar o resolver los posibles conflictos de intereses entre autores, evaluadores y/o el propio equipo editorial.

QUEJAS/DENUNCIAS

Cualquier autor, lector, evaluador o editor puede remitir sus quejas a los organismos competentes.

POLÍTICA DE ENDOGAMIA

A partir del quinto número los miembros del Comité Editorial, Equipo de Gestión Editorial, Consejo Editorial y Evaluadores Externos no podrán publicar en la RFJ. Para números anteriores, los miembros del Comité Editorial limitaron la publicación de manuscritos a uno (1) por volumen, cuando el editor es el primer autor del artículo y a dos (2), cuando es un autor secundario. Para un mismo autor, el límite fue de una publicación por número, es decir máximo 4 publicaciones por volumen. Sin embargo, las publicaciones para autores afiliados a la PUCE no superarán el 30% del total.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Los documentos remitidos a la RFJ deberán informar el grado/nivel/porcentaje/orden de autoría y/o participación de los autores. Esta información será puesta en conocimiento por el autor /a corresponsal y/o principal del texto remitido. Para la RFJ las participaciones colectivas inferiores al 10% del documento serán consideradas como colaboraciones a la investigación y no acreditarán necesariamente carácter de coautoría efectiva. Deberán ser informadas a modo de agradecimiento. En caso de documentos de investigación atribuidos a múltiples autores (cinco o más) y con la finalidad de no afectar derechos esta situación deberá informarse expresamente (indicando responsabilidades y/o nivel grado/nivel/porcentaje/orden de autoría).

EDITORIAL STANDARDS, PUCE JOURNAL OF THE DEPARTMENT OF JURISPRUDENCE (RFJ)

Authors wishing to submit articles for analysis and approval of publication by the journal's Editorial Committee must:

1. Submit the article using the Journal platform or send an email with the document and/or your questions to:

a) Director and Chief Editor: rfj.derecho.puce@gmail.com

b) Assistant Director and Assistant Editor: rfj.derecho.puce@gmail.com

IMPORTANT: In the course of the RFJ Journal processes (reception, review, evaluation, publication, etc.), the complete anonymity of the authors with peer reviewers and/or third parties will be guaranteed.

2. The magazine accepts documents prepared in Spanish, English, French, Portuguese and Italian.

3. The article must fulfill one of the categories proposed. When uploading to the platform and/or in the subject of the email, indicate the article type.

4. **The accepted typologies are:**

a) **Articles (scientific, revision, analysis, according to the complexity level):** original unpublished articles will be selected, which must be published only in the RFJ Legal Journal. Only the journal is authorized to edit formats (but not information), and it will be the only journal to publish the article. The articles must present, in detail, the original results for the research projects presented and indicate their origin (project carried out using competitive funds, independent project, other). Bibliographical references cited must be included. Articles must be original, and not subject to evaluation processes by any other publication. The minimum extension will be 4,000 words.

The structure can contain the following sections:

1) Introduction

2) Methodology

3) Results

4) Discussion

5) Conclusions

6) Bibliographic references (includes bibliography cited in the text)

IMPORTANT: results must come from research with a theoretical-conceptual, analytical, interpretative or critical perspective.

b) **Book critiques and/or reviews:** brief structured essays that critically analyze and contextualize an publishing novelty of academic interest to the journal's themes. The minimum extension will be 3,000 words. and the bibliographical references cited must be included. Texts must be original and not subject to evaluation processes by any other publication. They should contain an introduction, body, and conclusions.

c) **Miscellaneous:** articles related to the major thematic areas (within legal science) generally addressed by the RFJ journal. That is to say, original documents dealing with investigations of various types, in which the law has transcendent significance, will be accepted. The minimum extension will be 4,000 words (this count must include all words appearing in the text proposed by the authors: names, titles, summary, etc.). Texts must be original and not subject to evaluation processes by any other publication. In order to ensure the high quality of the published content, texts will be sent by the RFJ for anonymous (double blind) evaluation. The documents should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.

d) **Research Notes:** these are articles of legal significance characterized by their basis on preliminary works (within a research project, or within ongoing matrix research); which, scientific method and rigor notwithstanding, present innovative methodological aspects or results that, due to their nature, are considered by the author to be of interest for publication prior to the finalization of research. The minimum extension will be 3,000 words. (count must include all words appearing in the text proposed by the authors: names, titles, summary, etc.). They must be original and not subject to

evaluation processes by any other publication. In order to ensure the high quality of content published, texts will be sent by the RFJ for anonymous (double blind) evaluation. They should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.

e) **Research Summary and/or Report:** the RFJ accepts two types of legal-scientific research reports: technical reports, and informative reports. They should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.

- The first emphasizes the methodology and techniques used, the validity and reliability of the results, the theoretical framework of the research and the use of specialized terminology.

- The second includes research procedure and simple and expressive illustrations of results, and emphasizes conclusions and recommendations.

The minimum extension will be 3,000 words. (count must include all words appearing in the text proposed by the authors: names, titles, summary, etc.). They must be original and not subject to evaluation processes by any other publication. In order to ensure the high quality of the content published, texts will be sent by the RFJ for anonymous (double blind) evaluation. They should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.

5. General document characteristics:

Documents must be in Word format, and must include: title, author or authors, and contact address (email and postal address). It is essential to indicate which author (corresponding author) will be responsible for receiving and sending correspondence; otherwise it will be assumed that the first author will be in charge of this function. The text must be simple spaced, Garamond font, size 12. Within the document, the main information for the author or authors must be specified, which should include: highest level of education obtained, institutional affiliation, city, State or department, country, email (institutional), Google Scholar and ORCID.

6. The article submission must be accompanied by the resume of each of the authors and the signed transfer of rights letter (download and/or request by email).

7. Write the document with an extension according to the typology selected. It must be preceded by a brief summary of the work in Spanish and English ("abstract") not exceeding 150 words. In both, you must indicate: a) objective; b) methodology; c) results; and d) conclusions. After the summary and the "abstract", four to six key words should be included to identify the main topics addressed (Spanish and English, respectively). These should be searched (mainly) in the UNESCO Thesaurus.

8. Book reviews and critiques should be preceded by the names, surnames and profession of authors reviewing or critiquing, as well as complete bibliographical details (author's names and surnames, full book title, edition number, city of publication, publisher, year of publication).

9. Translations of previously published works are not considered unpublished documents, but rather as dissemination documents. However, they will go through the same article selection process. They must clearly indicate the sources and origin of the original text, as well as the respective permission for publication.

10. Send graphs, maps and photographs in a minimum resolution of 266 dpi, in jpg or gif format. Together with the tables should be the document annexes, indicating the location where they should be placed within the text. All of these resources must be listed consecutively in Arabic numerals and should clearly indicate the corresponding source(s). Only horizontal lines may be used in the tables, in accordance with the APA norms, sixth edition.

11. Cite bibliographic sources of less than 40 words within the text, as follows: (author, year, page). Example: (Muñoz, 1996, p.30). Quotations of more 40 words are written separately from the text, indented, without quotation marks or italics. At the end of the quotation, a period must be placed before the information remember that in quotations with less than 40 words, the period goes afterwards.

12. Footnotes numbered in consecutive order will be used only for clarifications, comments, discussions and submissions by the author, and should be placed on the corresponding page, in order to facilitate the reader in following the reading of the text.

IMPORTANT: bibliographical references will be unfailingly made based on the APA norms, sixth edition. Defects in format will result in automatic rejection.

Remember that all references must use French sangria. Below are examples of the requirements:

Book:

Last name, Initials of author's name (Year). Book Title. Place of publication: Publisher.

Book with editor:

Last name, initials of author's name (Ed.). (Year). Title. City, Country: Publisher.

Book chapter:

Last name, Initials of author's name. (Year). Chapter Title. Initials of name of the editor or compiler. Last name. (Ed.) or (Comp.), Title of the book (pp. xx-xx). Place of publication: Publisher.

Magazine article:

Last name, Initials of author's. (Year). Article title. Name of journal, volume (number), pp-pp.

Article with DOI:

Last name, Initials of author's name. (Year). Article title. Name of journal, volume (number), pp-pp. Doi: xx.xxxxxxx.

Newspaper article:

Last name, Initials of author's name. (Date). Article title. Newspaper name, pp-pp.

Graduate or postgraduate thesis:

Last name, Initials of author's name. (Year). Thesis title (Undergraduate, master's or doctoral thesis). Name of institution, place.

Online:

Last name, Initials of author's name (Date). Article title. Retrieved from (URL).

Observation for Authors

a. It is necessary that the last names (separated by a hyphen) and the first names of all authors appear. In addition, a footnote should be included for each author, giving the highest academic degree attained, institutional affiliation, city (state or department), country, institutional email address, ORCID code and link to Google Scholar profile.

b. The first author will be the person considered for registry in the different indexing and summary service databases.

c. It is essential that it be indicated which author will be in charge of receiving and sending correspondence; otherwise it will be assumed that the first author will be responsible for said function.

PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW BY RELATED PARTIES

The Journal of the Department of Jurisprudence at the Pontifical Catholic University of Ecuador (the RFJ) is an ongoing, semi-annual scientific publication (January-June) (July-December) published by the University Publications Center under the auspices of the University Office for Research. The call for papers closes on June 30th and December 31st of each year, though the RFJ is open to receiving articles throughout the year. Its emphasis is on the legal field (understood as "prima facie" in a theoretical sense) and its relationship with other disciplines, knowledge and sciences.

The Journal directs its editorial policies based on harmonization of the general and specific requirements of LATINDEX, SCIELO (Ecuador) and SCOPUS. In addition, it considers current legal and regulatory guidelines, SENESCYT guidelines, the General Regulations for PUCE Publications and the general policies on publications and scientific research governed by the Department of Jurisprudence, the Office of Research, and the Publications Center.

1. Each of the articles received is submitted to a process of review and selection. The duration of this process is variable and can range from one and eighteen months. (aproximately and depends on the level of complexity of the contribution).

2. The Editorial Management Team is in charge of the study and initial selection of the texts and accepts or rejects the originals according to their scientific quality, in concordance with the journal's themes and the temporal validity of the results.

3. The Editorial Committee of the RFJ Journal is composed of the members of: a) the Editorial Board and b) the Editorial Management Team.

4. Members of the Editorial Board and the Editorial Management Team are obliged to provide the respective support to the Journal's processes.

5. One hundred percent of the Editorial Board's members are renowned national and international jurists external to the PUCE, who, respecting the strictest anonymity as required by the double-blind system, can officiate as evaluators in related matters and provide binding informed opinions in the evaluation process

of a document submitted for publication. However, in the case of officiating as blind reviewers for an article, jurists may not participate in other processes related to the document's publication (eg, voting for inclusion within a specific issue of the Journal, etc.).

6. In addition, the magazine has the support of an Editorial Advisory Committee. This committee is composed of PUCE professors who act as general consultants (without binding opinion), but in no case as evaluators and/or blind peers. This committee is not part of the Editorial Committee of the RFJ Journal.

7. The Editorial Management Team, on behalf of the RFJ Journal Committee, can request modifications and make recommendations deemed necessary to adjust the document to the journal's indications (based on the results submitted by blind peers and other general considerations, such as format, etc.).

8. After this revision, the manuscript is subjected to "double blind" evaluation by two external academic peers (national and/or international).

9. Using an evaluation format established by the Journal (see article evaluation format) these academics issue a report (opinion), which can be:

a) Approved without changes.

b) Approved subject to minor changes (does not require new evaluation).

c) Approved subject to major changes (requires new evaluation).

d) Rejected (not publishable in the RFJ Journal).

10. In the event that the evaluators' decision results in controversies, said controversies will be initially resolved by the Chief Editor and/or the Assistant Editor or, if necessary, a second or third evaluation by external academic peers will be requested.

11. During all mentioned processes, the anonymity of authors and peer reviewers (evaluators) is guaranteed.

12. Likewise, the author (and/or corresponding author) will be informed of the result of the evaluation via email. This is in order

to make the necessary adjustments as requested by the evaluators.

13. When receipt of the corrected document is confirmed, compliance with the evaluators' suggestions will be verified and the justifications for those not taken into account will be analyzed.

14. Once this phase has been completed, the article will be resent to the author, if necessary, to make the pertinent adjustments.

15. The process for the review and evaluation of material delivered may take an average of at least three months.

16. **IMPORTANT:**

a) The reception of a document does not imply the approval and/or immediate publication thereof.

b) All documents will undergo a documentary similarity review ("anti-plagiarism" through the URKUND platform).

c) The average publication time for an article ranges from six to eighteen months.

d) Subsequent verification of plagiarism (due to reader complaint) will lead to immediate withdrawal of the publication. Any complaint of plagiarism must be accompanied by the respective proof.

e) The Journal accepts general and informed comments and opinions from its readers and considers them contributions to external reviews (documentaries) and management processes.

f) The Journal is a freely-distributed publication (free access, with partial and/or full free download)

g) The Journal does not request payments, financial collaboration and/or donations from authors. None of its members is qualified to request any type of economic compensation in exchange for facilitating publication in the journal. None of its members is able to influence the evaluation process and unilaterally decide on the publication or rejection of a document submitted for double-blind review. This type of conduct is sanctioned with expulsion and referral of the case to the PUCE Ethics Committee.

EDITORIAL PROCESS

RFJ acknowledges the receipt of the contributions sent by email and through its platform, will manage the status of the documentary process (acceptance and rejection). In case of acceptance, the aspects related to the editing process will be notified. Also, through the portal of the magazine, in the Proposals section you can find the Guidelines for Authors / Authors and the Process of Peer Review and Related Processes with more details of management. In addition, the RFJ has the Important Documents section where they are located: 1) the Declaration of Commitment of the Authors; 2) the physical model of the Peer Review Texts Evaluation Report; and 3) the Assignment of Rights.

It is reported that the submitted contributions will comply with a double process:

a) First process: carried out with the purpose of determining the relevance and scientific solvency of the article. In a maximum of 45 days from the receipt of the text, a notification will be issued indicating whether the evaluation by the Editorial Board and External Evaluators should proceed. In case of essential deficiencies, that is to say, insubstantial, the non-admission will be communicated (without option to appeal). Otherwise, if there are correctable deficiencies (form, slight inconsistencies in the appointment system, others), it will be returned to the sender for correction within a maximum period of 10 days. In case of not receiving a response from the sender within the established deadline, the proposal will be rejected.

b) Second process: consists of peer review (double blind system). The contributions will be scientifically evaluated by two or more (external) experts in the proposed field. The reports will indicate the following recommendations: accept (publishable) without changes, accept with minor revisions (publishable with changes), accept with major revisions (publishable with drastic changes), not publishable (rejected). Based on the reports, the final decision of acceptance or rejection will be made. In case of discrepancy between reports, the text will be sent to additional revisions (third opinion).

The authors will receive the scientific evaluation reports anonymously. Likewise, the contributions evaluated in a positive manner and that require minor or major revisions must be returned with a

maximum term of 7 calendar days. The RFJ reserves the right to make style corrections and editorial changes that it considers pertinent and necessary in order to improve the text.

Contributions are structured, these will be sent to the authors for verification and correction (typography and spelling) within a maximum period of 10 days. Access to the final version will be possible on-line.

COPYRIGHT NOTICE (ACCESS AND REUSE POLICIES)

Those authors who have published the RFJ, accept the following terms:

1) The authors grant their copyright of a patrimonial nature (preserving the moral rights). In that sense, they give the RFJ the right to (first) publish their work.

2) Third parties will be allowed to share the work whenever its author is indicated and its first publication in the RFJ. However, for republication or total or partial translation of the contribution, it will be necessary to contact the journal and obtain the respective express authorization.

3) The authors may collaborate/participate in the distribution of their contribution indicating the initial publication in the RFJ.

4) Authors are authorized to disseminate their work through the Internet (eg personal and / or institutional website) after the evaluation and publication process in order to encourage intellectual exchanges and/or opinion and favorably affect the citations of the published work.

DECLARATION OF ETHICAL PRINCIPLES (CODE OF ETHICS)

In addition to the ethical guidelines of the Pontifical Catholic University of Ecuador - PUCE (see Code of Ethics and the Code of Ethics of Research and Learning available https://www.puce.edu.ec/intranet/institutional/normativa) and recommendations and guidelines of the Publications Center and the Research Directorate (available at https://www.puce.edu.ec) the RFJ welcomes as ethical

foundation and good editorial practices the protocols established by the International Committee of Ethics in Scientific Publication - COPE (available at https://publicationethics.org/resources/code-conduct).

POLICIES AND PLAGIAR DETECTION

The contributions sent to the RFJ will be subjected to analysis of the URKUND automatic program (which allows the revision of written works with the intention of revising their degree of similarity with other bibliographic sources). For more information visit: https://www.pucevirtual.edu.ec/urkund/.

Likewise, the guidelines and recommendations indicated by the Pontifical Catholic University of Ecuador - PUCE will be applied on its website (see https://www.puce.edu.ec) and the guidelines included in the organizational chart of the International Committee of Ethics in the Scientific Publication - COPE (available at https://publicationethics.org/resources/code-conduct).

In case of proven plagiarism, the RFJ:

- Inform the editor of the journal in which the plagiarized document was published (totally or partially).
- Will inflict the authors of the plagiarized document.
- Publish an official retraction of the work.
- Will not publish any other work of the authors involved for a period of 5 years.

OPEN CODE POLICY

The RFJ provides immediate free access to its content under the principle that making research available to the public free of charge supports a greater exchange of global knowledge.

Self-archive conditions: Authors are allowed to reuse published works, that is, they can archive the post-print (or the final version after the peer review or the PDF version of the editor), with no commercial, including deposit in institutional repositories, thematic or personal web pages. Color Sherpa / Romeo: Blue.

DIGITAL REPOSITORY/ARCHIVE

The RFJ allows libraries to create permanent archives of the journal for preservation and restoration purposes. In addition, this magazine uses different national and international repositories, such as Google Scholar among others. And the Institutional Repository of PUCE (Ecuador) digitally archives and guarantees indexing at the same time.

ETHICS IN PUBLICATION

Submitting an article means that it has not been published previously, that it is not being considered for publication in any other medium (except theses and degree works) or in any other language and that it is being submitted with the knowledge of all the authors. Failure to comply violates the ethical policies of the RFJ.

CONFLICT OF INTERESTS

The authors must declare that they do not have any potential or real conflict of a financial, personal or any other type with other persons or organizations in the following two years after submitting the article, which may negatively influence the work carried out. See the form “Conflict of Interest” in the Open Journal System.

CHANGES IN THE AUTHORITY

It refers to the addition, removal or re-accommodation of the order of the authors. Before the article is published, the author for correspondence can request the Editor, add, remove or modify the order of the authors. You must indicate the reason for making the modification and send a written communication signed by all authors certifying that all agree with the modification. In case of addition or removal the written communication must include confirmation by the author (s). Once the article is published, no addition, deletion or modification in the order of the authors is accepted.

COSTS OF PROCESSING AND SHIPPING OF ITEMS

The RFJ does not charge for the submission, evaluation and publication of the submitted articles. The publication does not generate any cost for authors and readers, since the PUCE assumes the expenses related to editing, management and publication. The evaluating peers do not receive any economic compensation for their valuable contribution.

DECLARATION OF GOOD PRACTICES

As mentioned in the Declaration of Ethical Principles (Code of Ethics), the RFJ is committed to high standards of ethics and good practices in the dissemination and transfer of knowledge, to ensure rigor and scientific quality. That is why it has adopted as a reference the Code of Conduct that, for editors of scientific journals, has established the Committee on Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics), which highlights:

Obligations and general responsibilities of the editorial team

The RFJ commits to:

- Join efforts to meet the needs of readers and authors.
- To strive for the continuous improvement of the magazine.
- Ensure the quality of the material that is published.

- Ensure freedom of expression.
- Maintain the academic integrity of its content.
- Prevent commercial interests from compromising intellectual criteria.
- Post corrections, clarifications, retractions and apologies when necessary.

Relations with authors

The RFJ is committed to ensuring the quality of the material it publishes, informing about the objectives and standards of the journal. The decisions of the editor to accept or reject a document for publication are based solely on the relevance of the work, its originality and the relevance of the study in relation to the editorial line of the journal.

The journal includes a description of the processes followed in the peer evaluation of each work received. It has a manuscript submission manual for authors in which this information is presented and is updated regularly. The right of authors to appeal editorial decisions is recognized.

The editor will not modify his decision in the acceptance of shipments, unless irregularities or extraordinary situations are detected. Any change in the members of the editorial committee will not affect the decisions already made, except in exceptional cases where serious circumstances converge.

Relations with evaluators

The RFJ makes available to the evaluators a manual for the evaluation of manuscripts about what is expected of them. The identity of the evaluators is always protected, guaranteeing their anonymity.

General aspects of the peer evaluation process

The RFJ guarantees that the material sent for publication will be considered a reserved and confidential subject while it is evaluated (double blind).

CLAIMS

The RFJ is committed to respond quickly to complaints received and to ensure that dissatisfied claimants can process all their complaints. In any case, if the interested parties fail to satisfy their claims, it is considered that they are entitled to raise their protests to other instances.

PROMOTION OF ACADEMIC INTEGRITY

The RFJ ensures that the material it publishes conforms to internationally accepted ethical standards.

PROTECTION OF INDIVIDUAL DATA

The RFJ guarantees the confidentiality of the individual information (for example, of the professors and / or participating students as collaborators or subjects of study in the presented investigations).

Follow up of bad practices

The RFJ assumes its obligation to act accordingly in case of suspicion of bad practices or inappropriate behavior. This obligation extends to both published and unpublished documents. The editor will not only reject manuscripts that raise doubts about possible misconduct, but also consider themselves ethically obligated to report alleged cases of misconduct. From the journal, all reasonable efforts will be made to ensure that the works submitted for evaluation are rigorous and ethically adequate.

Integrity and academic rigor

Whenever there is evidence that any published work contains important inaccuracies, misleading or distorted statements, it must be corrected immediately.

In case of detecting any work, whose content is fraudulent, it will be removed as soon as it is known, immediately informing readers as well as the indexing systems.

They are considered inadmissible practices, and as such the following will be reported: the simultaneous sending of the same work to several journals, the publication duplicated or with irrelevant changes or paraphrasing of the same work, or the artificial fragmentation of a work in several articles.

Relations with the owners and editors of magazines

The relationship between publishers, publishers and owners will be subject to the principle of editorial independence. The RFJ will always guarantee that the articles are published based on their quality and suitability for the readers, and not with a view to an economic or political benefit. In this sense, the fact that the journal is not governed by economic interests and defends the ideal of free access to universal and free knowledge, facilitates this independence.

CONFLICT OF INTERESTS

The RFJ will establish the necessary mechanisms to avoid or resolve possible conflicts of interest between authors, evaluators and / or the editorial team itself.

COMPLAINTS

Any author, reader, evaluator or editor can send their complaints to the competent bodies.

ENDOGAMY POLICY

From the fifth number, the members of the Editorial Committee, Editorial Management Team, Editorial Board and External Evaluators may not publish in the RFJ. For previous issues, members of the Editorial Committee limited the publication of manuscripts to one (1) by volume, when the editor is the first author of the article and two (2), when he is a secondary author. For the same author, the limit was one publication per number, that is, maximum 4 publications per volume. However, publications for authors affiliated with the PUCE will not exceed 30% of the total.

AUTHORITY AND PARTICIPATION

The documents sent to the RFJ must inform the percentage / order of authorship and / or participation of the authors. This information will be reported by the correspondent and / or principal author of the submitted text. For the RFJ, collective participation of less than 10% of the document will be considered collaborations with the research and will not necessarily prove an effective co-authorship. However, it should be informed and recognized as part of the document (e.g.: footnotes). In the case of research documents attributed to multiple authors (five or more) and with the purpose of not affecting copy rights it must be provided information about responsibilities /percentage / authorship order.





ANEXO 1

REVISTA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA – RFJ DECLARACIÓN DE COMPROMISO DE LOS AUTORES

Este formato deberá ser completado y remitido a la Revista RFJ (RFJ.DERECHO.PUCE@gmail.com y rfj.derecho.puce@gmail.com). Si el artículo no es aceptado para publicación, este documento no surtirá efectos y será considerado nulo.

Título del artículo: ____
____
____

Se declara que:

a) El/los autor/es asumen la responsabilidad por todos los conceptos y opiniones emitidas en sus artículos. La Prevista RFJ no se responsabiliza por los juicios y conceptos emitidos en los artículos publicados. También, se garantiza que quienes aparecen como autores son responsables intelectuales del referido artículo. Los derechos de autor se regirán por la normativa nacional vigente y la reglamentación interna de la PUCE.

b) El contenido de los artículos no ha sido publicado en otra revista y además no ha sido, ni será enviado para su publicación a otra revista, mientras dure el proceso de evaluación y aceptación en esta.

c) Se adquiere el compromiso de atender las indicaciones y sugerencias de los pares evaluadores, si persiste la intención de publicar su material en esta revista.

d) Se adquiere el compromiso de ceder los derechos patrimoniales de comunicación y distribución del texto y material visual del artículo a la Revista RFJ. Además, se adquiere el compromiso de reconocer los créditos de publicación a la Revista RFJ al hacer uso posterior del material publicado.

e) Se tiene completo conocimiento de que el proceso de revisión y aceptación del material entregado puede tardar hasta dieciocho meses, además de que su recepción no implica la aprobación y publicación automática de mismo.

f) Se adquiere el compromiso de diligenciar el formato adjunto de hoja de vida.

Se firma para constancia de lo declarado

Autor1 ____________________________________
Firma _____________________________

Autor2____________________________________
Firma _____________________________

Autor3 ____________________________________
Firma _____________________________

ANEXO 2

INFORME DE EVALUACIÓN DE TEXTOS EN REVISIÓN POR PARES (VERSIÓN IMPRESA)

1. El objetivo de este documento es evaluar una obra, y calificar sus fortalezas, debilidades, aporte al conocimiento y oportunidad de publicación.

2. Por ser una revisión de pares ciegos, no se deben incluir referencias que pudieran apuntar al nombre o institución del revisor.

3. Sea lo más conciso y claro posible.

4. Se establecerá el plazo en la carta de solicitud adjunta al presente informe.

A. INFORMACIÓN DEL TEXTO Y EVALUADOR

Título de la obra	
Datos del revisor	
Nombre	
Ciudad	
País:	
Correo Electrónico	
Institución	
Fecha de entrega del formulario al evaluador	

B. EVALUACIÓN

C. Consideraciones generales:

Selección con una X su consideración

Pregunta	Si	No
1. ¿El tema del texto se ajusta a los requerimientos? *Los textos presentados en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE deben:* *a. Responder a las exigencias de una formación integral de la persona humana.* *b. Preparar y Enseñar en las dimensiones científica, profesional, humana, social y cristiana.* *c. Generar material académico comprometido con la realización de la justicia, el ejercicio y garantía de los derechos humanos y la transformación social.* *d. Generar conocimiento actualizado que aproveche los recursos metodológicos, pedagógicos y técnicos del mundo moderno.*		
2. ¿El título del texto es adecuado?		
3. ¿El texto explicita o pone de manifiesto el público objetivo para el cual va dirigido?		
4. ¿El texto sería de interés para el público lector al cual va dirigido el texto?		
5. ¿Es comprensible para el/la lector(a)?		
6. ¿Se justificada la inclusión de todas sus imágenes (tablas, ilustraciones, fotos, & cuadros) y es apropiada su calidad?		

Si considera necesario, por favor, incluir sus valoraciones en el siguiente espacio.

D. Consideraciones cuantitativas:

Por favor, califique cada ítem y desarrolle brevemente su respuesta

Pregunta	Responder en escala de 1 a 5 (1:mìn, 5:máx)	Desarrollo de la respuesta
1. ¿El texto aporta a la teoría del conocimiento sobre el área que trata?		
2. ¿Existe actualidad y pertinencia en la realidad materia del texto?		
3. ¿Se incluye una hipótesis y/o problemática coherente que fue probada/ descrita en el desarrollo del texto?		
4. ¿La literatura citada es actualizada y acorde al tema(s)?		
5. ¿Los resultados/análisis/descripciones del texto son presentados con claridad y fueron procesados de acuerdo a las reglas de la ciencia?		
6. ¿Existe argumentación y originalidad en la presentación de resultados?		
7. ¿Existe coherencia metodológica en toda la estructura del trabajo?		

8. ¿Se justificada la inclusión de todas sus imágenes (tablas, ilustraciones, fotos, y cuadros) y es apropiada su calidad?		
9. ¿El estilo de escritura es didáctico, bien desarrollado y gramaticalmente correcto?		
10. ¿Se cumplen las reglas de estilo exigidas?		
TOTAL		

E. Concepto sobre publicación:

Señala si se considera pertinente publicar o no el texto y, en caso afirmativo, posibles sugerencias al autor.

Guía de decisión:

Puntaje	**Calificación**
45-50	Acepta el texto tal como está.
45-30	Acepta el texto, a condición de que este sea objeto de revisiones menores, sin que sea necesario su reenvío (favor especificar, en el concepto sobre publicación, el tipo de revisión).
30-25	El texto debe ser revisado en gran medida (especificar, en el concepto sobre publicación, en qué sentido) y debe ser reenviado, para una nueva evaluación.
25-0	El texto es rechazado

Por favor marque con una x su decisión:

	Acepta el texto tal como está.
	Acepta el texto, a condición de que este sea objeto de revisiones menores, sin que sea necesario su reenvío (favor especificar, en el concepto sobre publicación, el tipo de revisión).
	El texto debe ser revisado en gran medida (especificar, en el concepto sobre publicación, en qué sentido) y debe ser reenviado, para una nueva evaluación.
	El texto es rechazado

En el siguiente espacio proporcionado desarrolle su decisión.

Firma:

Datos del Revisor:

ANEXO 3

CESIÓN DE DERECHO - REVISTA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA - RFJ

Ciudad, día de mes de año

Señor. Director de la Revista RFJ
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Ref.: Cesión de Derechos

El motivo de la presente es saludarlo y comunicarle que cedo los derechos patrimoniales del texto: "XXXXXXXXXXXX" (nombre del autor/nombres de los autores) a la Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Efectuó la presente cesión con la finalidad de facilitar su publicación. Entiendo que la presente cesión no constituye confirmación de publicación ni puede ser usada con tal fin.

Mediante este documento, asimismo, entiendo mi compromiso de no enviar el mismo original para la publicación en otro medio de difusión cualquiera que sea su formato o carácter

En ese sentido, quedo atento/a a cualquier comunicación posterior.

Atentamente,

Nombre y Apellidos

Filiación y/o Actividad (Ej. Investigador/a Jurídico/a)

APPENDIX 1

JOURNAL OF THE FACULTY OF JURISPRUDENCE - RFJ STATEMENT OF RESPONSIBILITY OF AUTHORS

This form must be completed and returned to the RFJ Journal (RFJ.DERECHO.PUCE@gmail.com and rfj.derecho.puce@gmail.com). If the article is not accepted for publication, this document will have no effect and will be considered void.

Article title: ____
____
____

It is declared that:

a) The author(s) take responsibility for all ideas and opinions expressed in their articles. The RFJ Journal is not responsible for the judgments and ideas expressed in articles published. It is likewise guaranteed that those appearing as authors are intellectually responsible for said article. Copyrights will be governed by the national regulations in force and by the internal regulations of the PUCE.

b) The content of the articles has not been published in any other journal, and it has not been, nor will it be, sent to any other journal for publication for the duration of the evaluation and acceptance process.

c) A commitment is made to respond to the indications and suggestions of peer reviewers, if the intention to publish material in this journal continues.

d) There is a responsibility to assign the patrimonial rights of communication and distribution for the article's text and visual material to the RFJ Journal. In addition, a commitment is made to grant publication credits to the RFJ Journal when making use of the published material.

e) It is fully understood that the review and acceptance process for material delivered may take up to eighteen months; furthermore,

receipt of material does not imply the approval and automatic publication thereof.

f) A commitment is made to fill out the attached resume form.

Signed as proof of that declared.

Author1 ___________________________________
Signature ____________________________

Author2___________________________________
Signature ____________________________

Author3 ___________________________________
Signature ____________________________

APPENDIX 2

EVALUATION REPORT FOR PEER REVIEW OF TEXTS (PRINTED VERSION)

1. The objective of this document is to evaluate a work, and to describe its strengths, weaknesses, contributions to knowledge, and opportunity for publication.

2. Since this is a blind peer review, references that could indicate the reviewer's name or institution should not be included.

3. Be as clear and concise as possible.

4. The deadline will be established in the application letter attached to this report.

A. INFORMATION ON TEXT AND EVALUATOR

Title of the Work	
Peer reviewer Information	
Name :	
City:	
Country:	
Email:	
Institution:	
Delivery date of the form to the evaluator:	

B. EVALUATION

C. General Considerations:

Select your consideration with an X

Question	Yes	No
1. Does the text's theme conform to the requirements? *The texts presented to the PUCE Department of Jurisprudence must:* *a. Respond to the demands of an integral formation of the human person.* *b. Prepare and Teach in the scientific, professional, human, social and Christian dimensions.* *c. Create academic material committed to the realization of justice, the exercise and guarantee of human rights, and social transformation.* *d. Create updated knowledge that takes advantage of the modern world's methodological, pedagogical and technical resources.*		
2. Is the title of the text adequate?		
3. Does the text make explicit or demonstrate the target audience for which it is intended?		
4. Would the text be of interest to the reading public to which it is directed?		
5. Is it understandable for the reader?		
6. Is the inclusion of all of its images (tables, illustrations, photos & graphs) justified, and is their quality appropriate?		

If you consider it necessary, please include your evaluations in the following space.

D. Quantitative Considerations:

Please rate each item and briefly develop your answer

Question	Answer on a scale of 1 to 5 (1:mìn, 5:máx)	Development of the Response
1. Does the text contribute to the theory of knowledge regarding the area dealt with?		
2. Is actuality and relevance present in the text's material reality?		
3. Is a coherent hypothesis and/or problem that was tested/described in the text's development included?		
4. Is the literature cited current and in line with the topic(s)?		
5. Are the results/analyses/ descriptions of the text clearly presented and processed according to the rules of science?		
6. Is there argumentation and originality in the presentation of results?		
7. Is methodological coherence present throughout the work's structure?		

8. Is the inclusion of all images (tables, illustrations, photos, and pictures) justified and is their quality appropriate?		
9. Is the writing style didactic, well-developed and grammatically correct?		
10. Are the required rules of style met?		
TOTAL		

E. Concept regarding publication:

Indicate whether or not publishing the text is considered relevant and, if so, possible suggestions for the author.

Decision Guide:

Score	Qualification
45-50	Accept text as is.
45-30	Accept the text, provided it be subject to minor revisions, without the need to re-send (please specify revision type in the concept regarding publication).
30-25	Text should be extensively revised (specify, in the concept regarding publication, in what sense) and should be resent for a new evaluation.
25-0	The text is rejected

Please mark your decision with an x :

	Accept text as is.
	Accept the text, provided it be subject to minor revisions, without the need to re-send (please specify revision type in the concept regarding publication).
	Text should be extensively revised (specify, in the concept regarding publication, in what sense) and should be resent for a new evaluation.
	The text is rejected

Develop your decision in the following section.

Signature:

Peer Reviewer Information:

APPENDIX 3

TRANSFER OF RIGHTS
JOURNAL OF THE FACULTY OF JURISPRUDENCE - RFJ

City, day, month

Director of the RFJ Journal
Pontifical Catholic University of Ecuador

Ref.: Transfer Rights

The reason for this letter is to greet you and to inform you that I assign the patrimonial rights for the text: "XXXXXXXXXXXX" (name of the author/names of the authors) to the Journal of the Faculty of Jurisprudence of the Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). This transfer of rights is in order to facilitate publication of the text. I understand that this transfer of rights does not constitute a confirmation of publication, nor may it be used for such purpose.

With this document, I likewise acknowledgement my commitment not to send the same original text for publication in any other media, regardless of its format or character

I remain attentive to any subsequent communication.

Sincerely,

First and Last Names

Affiliation and/or Activity (i.e., Legal Researcher)







Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
ISSN: 2588-0837

Número 1
Enero-Junio 2017

 Los artículos de este número se terminaron de aprobar en mayo del 2017, bajo el sistema de evaluación de pares académicos y mediante la modalidad de «doble ciego», que garantiza la confidencialidad de autores y árbitros.

Quito, Ecuador, 2017
EDITADO EN ECUADOR - EDITED IN ECUADOR

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de investigación (científicos) y de forma alternativa revisiones, análisis de actualidad, resúmenes de investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, miscelánea y traducciones originales y/o divulgativas. La selección y evaluación de los documentos se realizada por al menos dos especialistas externos según la metodología de <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los artículos seleccionados para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumplido con el sistema de revisión antes mencionado.





REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

ISSN: 2588-0837